

Auteursrecht op octrooiaanvragen

Collegiaal advies voor de Juridische Commissie van
de Orde van Octrooigemachtigden

A.A. Quaedvlieg

Nijmegen, januari 2013

Dankwoord

Het eerste concept van dit advies was beknopt en sober. In de loop van de tijd groeide het, mede dankzij de aandachtige lezing door, en het nuttige en gedetailleerde commentaar van, Michiel de Baat, Leo Jessen, Leo Steenbeek en Reinier Wijnstra. Daarvan heeft de tekst in belangrijke mate geprofiteerd, al bleven er natuurlijk punten waarover verschil van inzicht bleef bestaan. Gaarne dank ik alle betrokkenen voor hun kostbare inbreng.

Inhoud

Dankwoord 3

1. Vragen waarover advies verlangd wordt 9
 - 1.1 De vragen van de Raad van Toezicht van de Orde van Octrooigemachtigden 9
 - 1.2 De vragen vanuit Juridische Commissie 9
 - 1.3 Onderwerp van het advies 9
 - 1.4 Onderscheid octrooiaanvraag en octrooischrift 10
 - 1.5 Eerder advies voor andere partijen 10

2. Is de octrooiaanvraag een door auteursrecht beschermd werk 11
 - 2.1 Eisen voor het zijn van een werk 11
 - 2.1.1 Geschriften: niet-ontleend en bestemd om openbaar gemaakt te worden 11
 - 2.1.2 Oorspronkelijk werk 12
 - 2.1.3 Techniek en wetenschap zijn niet oorspronkelijk 14
 - 2.1.4 Gevolgen voor de bescherming van octrooiaanvragen 15
 - 2.2 Wettelijke uitsluiting artikel 11 Aw 17
 - 2.3 Conclusie: octrooiaanvraag is een beschermd werk 17

3. Beschermingsomvang: “dun auteursrecht” voor techniek en objectieve beschrijvingen 18

4. Rechthebbende: overzicht wettelijke regels 19

5. Rechthebbende(n) vóór publicatie: alle makers 21

6. Na publicatie. Artikel 8 Aw: de Octrooi-instantie als fictief maker 23
 - 6.1 “Eene openbare instelling” 23
 - 6.2 “Openbaar maakt” 23
 - 6.3 Openbaarmaking “als van haar afkomstig” 23
 - 6.3.1 “Als van haar afkomstig”: nadere eisen en omstandigheden 24
 - 6.3.2 Manus ministra en afstand van recht als sleutel tot art. 8 24
 - 6.3.3 “Verknochtheid” van het werk met de rechtspersoon 25
 - 6.4 “Zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden” 25
 - 6.4.1 Auteursvermelding werkelijke makers ongebruikelijk 25
 - 6.4.2 In de aanvraag geciteerde werken. Eis van naamsvermelding. 26

- 6.5 “Tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was” 26
 - 6.5.1 Overnemen met toestemming van de auteur 27
 - 6.5.2 Overnemen zonder toestemming van de auteur 28
 - 6.5.3 “Immunititeit” van het citaat voor art. 8 28
 - 6.5.4 Citeren uit werk van derden: pas als het werk openbaar gemaakt is 30
- 6.6 Octrooi-instantie “als de maker van dat werk aangemerkt”. 31
 - 6.6.1 Tijdstip van ontstaan van het recht bij de octrooi-instantie 31
 - 6.6.2 Persoonlijksrechten 31
 - 6.6.3 Artikel 8 en de aanvragende rechtspersoon 33
- 6.7 Conclusie artikel 8 33

- 7. Verval of voorbehoud van auteursrecht? Artikel 15b Aw 34
 - 7.1 Inleiding. Artikel 8 jo. 15b Aw. 34
 - 7.2 Ratio van artikel 15b: zo ruim mogelijke bekendheid 34
 - 7.3 Vijf bestanddelen van artikel 15b 34
 - 7.4 Door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk 35
 - 7.4.1 Openbare macht 35
 - 7.4.2 Openbaar maken 35
 - 7.5 Waarvan de openbare macht maker of rechtverkrijgende is 35
 - 7.5.1 Toevoeging in 2006 35
 - 7.5.2 Recapitulatie artikel 8 36
 - 7.5.3 Verhoogd risico bij art 15b. Naamsvermelding en © symbool. 36
 - 7.5.4 Overnamen uit andere octrooi aanvragen 37
 - 7.5.5 Toerekenbaar gewekte schijn van toepasselijkheid van artikel 15b 37
 - 7.6 “Verval van het exploitatierecht”; betekenis persoonlijkheidsrecht 38
 - 7.6.1 Beperving van het recht van openbaarmaking of verveelvoudiging 38
 - 7.6.2 Tot 1972: er bestaat geen auteursrecht 38
 - 7.6.3 Reden van de wijziging 38
 - 7.6.4 Persoonlijksrechten niet getroffen door artikel 15b 38
 - 7.7 “Tenzij het auteursrecht uitdrukkelijk is voorbehouden” 39
 - 7.7.1 Het historisch voorbehoud en zijn ratio 39
 - 7.7.2 “Auteursrecht voorbehouden” vs “auteursrecht scheppen” 39
 - 7.7.3 De begunstigde van het voorbehoud: overheid of auteur? 40
 - 7.8 Behouden rechten: “bundelrecht” en persoonlijkheidsrecht 41

- 8. Is herinvoering van het voorbehoud door de octrooi-instantie gewenst? 42
 - 8.1 Ratio van het opnieuw invoeren van het voorbehoud 42
 - 8.2 Voordelen twijfelachtig 42
 - 8.3 Nadelen invoering voorbehoud 42
 - 8.4 Voorkeur vrij domein 42
 - 8.5 Positie van de Octrooigemachtigde 43

- 9. Het octrooischrift als besluit of administratieve beslissing ex artikel 11 Aw 44
 - 9.1 “Besluit” en “beslissing” 44
 - 9.1.1 De werken van artikel 11 44
 - 9.1.2 Vraag of het octrooischrift deel is van het besluit tot verlening. 46
 - 9.2 Artikel 11: vergelijking met andere werken 47
 - 9.2.1 De Bijsluiterbeslissing 47
 - 9.2.2 NNI normen 47
 - 9.2.3 Andere IE registraties. Modellenrecht. 48
 - 9.3 Citeren als auteursrechtvoorbehoud 48
 - 9.4 Het auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht 48
 - 9.5 Conclusie art. 11 49

- 10. Eindconclusie 50

1. Vragen waarover advies verlangd wordt

1.1 De vragen van de Raad van Toezicht van de Orde van Octrooigemachtigden

De Raad van Toezicht van de Orde van Octrooigemachtigden heeft de Juridische Commissie van de Orde van Octrooigemachtigden (verder: de Juridische Commissie) de volgende vragen gesteld:

Zijn er redenen op grond van auteursrechtelijke bepalingen dat een octrooigemachtigde bij het opstellen van een octrooiaanvraag verhinderd is fragmenten letterlijk over te nemen van andere werken, als die werken zijn:

- andere octrooiaanvragen en/of octrooien;
- internetpublicaties, zoals Wikipedia;
- technische handboeken;
- wetenschappelijke artikelen.

Maakt het voor de beantwoording van de vorige vraag nog uit wat voor soort fragmenten dit zijn? Te denken valt aan:

- (begrips)definities;
- beschrijving van de stand der techniek;
- tekeningen of figuren.

Maakt het nog verschil indien het Nederlandse octrooi(aanvrag)en betreft of internationale octrooi(aanvrag)en (bijvoorbeeld PCT, EP, US) waarin zulke fragmenten worden opgenomen?

*Maakt de lengte van de fragmenten uit?
Is eventueel bronvermelding nodig?*

1.2 De vragen vanuit Juridische Commissie

Naar aanleiding van de vraagstelling van de RvT formuleert de Juridische Commissie twee preliminaire vragen:

1: Is naar uw mening een octrooiaanvraag/octrooi een door auteursrecht beschermd werk? Zo ja, geldt dit voor de gehele aanvraag of slechts voor delen daarvan.

2: Indien vraag 1 met ja wordt beantwoord, aan wie komt dan het auteursrecht toe.

1.3 Onderwerp van het advies

De adviesaanvraag draagt de titel: “(Mogelijke) Beperkingen op grond van het auteursrecht bij het opstellen van octrooiaanvragen”. De vragen van de Juridische Commissie richten zich daarbij in het bijzonder op belemmeringen die zich kunnen voordoen bij overnemingen uit eerdere octrooiaanvragen, de Raad van Toezicht stelt ook overnemingen uit andere werken aan de orde. Dit advies richt zich op overnemingen uit eerdere octrooiaanvragen, maar de opmerkingen aangaande het werkbegrip, de beschermingsomvang en het citaatrecht kunnen ook buiten die beperkte context worden toegepast.

In dit advies worden vragen van internationaal privaatrecht buiten beschouwing gelaten. Het betreft dus slechts de status van octrooiaanvragen en octrooi-schriften naar Nederlands recht in Nederland. Ook de vraag, of de auteursrechthebbende op de aanvraag per land waar bescherming wordt ingeroepen bepaald wordt door de aldaar geldende *lex protectionis*, dan wel op uniforme voet volgens de wet van de *country of origin* van die aanvraag laat ik buiten beschouwing. Het antwoord op deze vraag van IPR is vooralsnog onzeker omdat de Hoge Raad zich nog niet over de

kwestie heeft uitgelaten en zij in de literatuur uiterst omstreden is.¹

1.4 **Onderscheid octrooiaanvraag en octrooischrift**

Het antwoord op de in de adviesaanvraag geformuleerde vragen kan verschillen naar gelang de octrooiaanvraag in het geding is dan wel, na verlening, het octrooischrift. In beginsel wordt hier uitgegaan van de octrooiaanvraag. Het geval van het octrooischrift verschilt eigenlijk alleen voor zover het betreft de mogelijke toepassing van art. 11 Aw, dat auteursrecht uitsluit op besluiten van de openbare macht. Dit komt aan de orde in een afzonderlijke paragraaf aan het eind van het advies.

1.5 **Eerder advies voor andere partijen**

Het voorliggende advies kent een belangrijke rol toe aan de artikelen 11 en 15b auteursrecht voor de bepaling van de auteursrechtelijke status van octrooiaanvragen. Voor de goede orde vermeld ik dat ik in 1998 een betaald advies heb opgesteld voor het NNI over de vraag in hoeverre vooral artikel 11, maar ook 15b Aw, een beletsel kunnen vormen tegen het inroepen van auteursrechten op private normstelsels die door de overheid door verwijzingen in regelgeving algemeen verbindend worden verklaard.²

¹ Zie Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Kluwer Deventer 3^e druk 2005 p. 709; laatstelijk S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het IPR conflictenrecht: de verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling*, Kluwer 2009; Ning ZHAO, *Choice-of-law in Cross-border Copyright and Related Rights Disputes. Comparative inspiration for the PRC.*, Proefschrift Groningen: Ulrik Huber Institute for Private International Law 2012, Doctoral Series 14.

² Dit eerdere advies concludeerde dat de artikelen 11 (en 15b) niet van toepassing waren op de NNI normen. Inmiddels is in het geval dat daar aan de orde was door de Hoge Raad in overeenkomstige zin beslist. Het hoogste rechtscollege overwoog dat NEN normen niet konden gelden als “door de openbare macht uitgevaardigd” in de zin van art. 11 Aw omdat zij niet konden worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet. Zie HR 22 juni 2012, LJN: BW0393. Voor octrooiaanvragen zal het antwoord in dit geval anders uitvallen, zowel door feitelijke verschillen, als door inmiddels gewijzigde regelgeving. Dit zal onder par. 8 van dit advies nader worden toegelicht.

2. Is de octrooiaanvraag een door auteursrecht beschermd werk

2.1 Eisen voor het zijn van een werk

Voorwaarde voor bescherming door het auteursrecht is dat een werk *oorspronkelijk* is. Deze eis wordt naar Nederlands en Europees auteursrecht niet op woorde-lijk dezelfde wijze uitgewerkt. In 1991 besliste de Hoge Raad dat wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.³ In de Europese rechtspraak, te beginnen bij het arrest Infopaq I,⁴ wordt echter als eis gesteld dat een werk de uitdrukking moet zijn van een “eigen intellectuele schepping van de auteur.” Waarschijnlijk komen deze eisen echter praktisch en juridisch min of meer op hetzelfde neer. Aannemelijk is bovendien dat octrooiaanvragen in het algemeen aan deze eisen zullen voldoen. Dit wordt uitgewerkt onder (2). Als eerste komt echter aan de orde de bijzondere Nederlandse beschermingsvorm van de auteursrechtelijke *geschriftenbescherming*. Onder deze beschermingsvorm zijn de aan bescherming te stellen eisen nog lichter, maar er is twijfel of zij zich ook uitstrekt tot bijvoorbeeld technische tekeningen. Afgezien daarvan is niet zeker of de geschriftenbescherming, met zijn “nuldrempel” inzake oorspronkelijkheid, onder het Europese auteursrecht nog gehandhaafd mag worden (1).

2.1.1 Geschriften: niet-ontleend en bestemd om openbaar gemaakt te worden

In verband met ontwikkelingen na afsluiting van deze studie lijkt het tijdperk van de bijzondere bescherming van geschriften zonder eigen karakter voorbij te zijn. Eind 2013 werd een wetsontwerp tot afschaffing van de geschriftenbescherming ingediend. Zie wov. 33 800 van 11 november 2013 tot wijziging van de Auteurswet in verband met de afschaffing van bescherming van geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker, Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014, 33 800, nr. 2. Begin 2014 besliste de Hoge Raad dat de databankenrichtlijn meebrengt dat voor databanken zonder eigen karakter reeds naar huidig recht geen beroep kan worden gedaan op geschriftenbescherming: HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88 Ryan Air/PR Aviation.

Voor de (bijzondere) auteursrechtelijke bescherming van geschriften geldt niet meer dan de (algemene) eis dat het geschrift niet ontleend mag zijn, alsmede de (bijzondere) eis dat het geschrift moet zijn openbaar gemaakt of bedoeld om openbaar gemaakt te worden. De alfanumerieke inhoud van octrooiaanvragen en octrooischriften voldoet aan deze beide eisen. Daarover bestaat brede consensus in de literatuur. Octrooiaanvraag en octrooischrift worden derhalve beschermd door de Auteurswet als werk in de zin van geschrift.

De rechtspraak lijkt er geen probleem in te zien om de geschriftenbescherming mede uit te strekken over technische tekeningen. Hof Leeuwarden 22 september 1999⁵ en Hof Arnhem 31 mei 2005 verschaften die bescherming zonder kennelijke aarzeling. Hugen-

3 HR 4 januari 1991, Van Dale/Romme, NJ 1991, 608 noot Verkade; AMI 1991, p. 177 noot Spoor; IER 1991, p. 96 noot Grosheide; AA 1992, p. 31 noot H. Cohen Jehoram; Computerrecht 1991, p. 84 noot Hugenholtz.

4 HvJ EU 16 juli 2009 Infopaq/Danske Dagblades Forening, zaak C-5/08, AMI 2009, nr 20 p 198, noot K.J. Koelman.

5 Hof Leeuwarden 22 september 1999, GEC Alstom/IJsselstein, BIE 2001, nr 60 p 286, noot AAQ; Hof Arnhem 31 mei 2005, Verweij & Partners/Reilman (“Tekeningen met inmeetgegevens”), BIE 2008, nr.5 p 792 (januari nummer met foutieve paginering), noot AAQ.

holtz⁶ en schrijver dezes⁷ vonden de bescherming van technische tekeningen door de geschriftenbescherming niet heel vanzelfsprekend. HR 8 februari 2002 kon zich niet over het punt uitlaten aangezien er geen middel aan was gewijd.

Na 2009 gewezen arresten van het Europees Hof van Justitie⁸ vestigen echter twijfel of geschriftenbescherming onder Europees recht nog is toegelaten. In het arrest *Infopaq I* stelt het Hof dat het auteursrecht in de zin van artikel 2, sub a van richtlijn 2001/29 “slechts kan gelden met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur.” (nr 37). Uit nr. 45 van dit arrest blijkt dat het resultaat een intellectuele schepping vormt als de auteur door keuze, schikking en combinatie van woorden op een oorspronkelijke wijze, uitdrukking aan zijn creatieve geest geeft.

In rov. 88 van de *Eva-Maria Painer* uitspraak uit 2011 overweegt het Hof in algemene termen – niet beperkt tot de daar aan de orde zijnde werkcategorie van portretfoto’s – dat een intellectuele schepping een eigen schepping van de auteur is wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid; “dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uitdrukking heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen.” (nr. 89)

Deze arresten stellen dus als algemene eis voor bescherming door het auteursrecht dat de auteur op oorspronkelijke wijze uitdrukking aan zijn creatieve geest en aan zijn persoonlijkheid geeft. Daarmee lijkt de mogelijkheid van bescherming van geschriften

zonder oorspronkelijk karakter niet langer mogelijk. Of daarmee inderdaad het doek gevallen is voor de geschriftenbescherming is echter nog niet met zekerheid te zeggen. Het leerstuk heeft een taai leven, en de stelling is denkbaar dat de geschriftenbescherming geen eigenlijk auteursrecht is maar een bij de Auteurswet aangehaakte regeling van ongeoorloofde mededinging. Voor de duidelijkheid zij vermeld dat sedert het arrest *Football Dataco*⁹ de mogelijkheid van geschriftenbescherming voor databanken wel uitgesloten wordt geacht.

2.1.2 Oorspronkelijk werk

Naast de boven genoemde bijzondere geschriftenbescherming kunnen geschriften en andere voortbrengselen van de geest bescherming genieten door het ‘algemene’ auteursrecht als zij voldoen aan de voorwaarde dat zij ‘oorspronkelijk’ zijn. Er wordt dan gesproken van ‘vol’ auteursrecht, ter onderscheiding van de boven besproken geschriftenbescherming. De drempel van de oorspronkelijkheid ligt volgens de algemene opvatting nog steeds laag.

HR 4 januari 1991, *Van Dale/Romme*¹⁰ heeft de oorspronkelijkheidseis in die zin ingevuld dat vereist is dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. HR 30 mei 2008, *Erven Endstra/Uitgeverij Nieuw Amsterdam* (“*Endstra Tapes*”)¹¹ heeft dienaangaande toegevoegd dat (slechts) in elk geval daarbuiten valt “al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen.”:

“De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet

6 Noot bij HR 8 februari 2002, EP/Regulateurs, AMI 2002, nr 11, p 122-129.

7 Zie de annotaties bij de hierboven aangehaalde arresten van de gerechtshoven.

8 HvJ EU 16 juli 2009 *Infopaq/Danske Dagblades Forening*, zaak C-5/08, AMI 2009, nr 20 p 198, noot K.J. Koelman; HvJ EU 22 december 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany/Ministerstvo kultury*, zaak C-393/09, BIE 2011, nr 21 p 59 noot AA Quaedvlieg; AMI 2011, nr 6 p 95, noot A. van Rooijen; HvJ EU 1 december 2011 *Painer/Standard Verlags GmbH*, zaak C-145/10, AMI 2012, nr 6 p. 66, noot M.M.M. van Eechoud; IER 2012, nr 16 p 143 noten SJ Schaafsma en PGFA Geerts; Mf 2012, nr 8 p. 100 noot Vivien Rörsch.

9 HvJ EU 1 maart 2012, zaak C-604/10, *Football Dataco v. Yahoo! UK*, AMI 2012, nr 15 p. 163-168; A.C. Beunen, *Geschriftenbescherming na het Football Dataco-arrest*, AMI 2012, p. 149-153.

10 HR 4 januari 1991, *Van Dale/Romme*, NJ 1991, 608 noot Verkade; AMI 1991, p. 177 noot Spoor; IER 1991, p. 96 noot Grosheide; AA 1992, p. 31 noot H. Cohen Jehoram; *Computerrecht* 1991, p. 84 noot Hugenholtz.

11 Hoge Raad, 30 mei 2008, *Endstra-tapes*, NJ 2008, 556 noot Dommering; IER 2008, nr 58 p. 227-231, noot JMB Seignette; AMI 2008, nr 12, p. 136-142, noot Senfleben; *Ars Aequi* 2008, p. 819-822 noot Hugenholtz.

zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.”

De formulering waarbij de Hoge Raad in elk geval van bescherming uitsluit een vorm waarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen, is wel opgevat als een teken, dat de Hoge Raad de oorspronkelijkheidsdrempel (nog verder) zou hebben laten zakken.¹² Als dit juist is, kan er in redelijkheid nauwelijks meer aan getwijfeld worden dat er ‘vol’ auteursrecht op rust op iedere octrooiaanvraag.

Ons inziens heeft de Hoge Raad in het Endstra-arrest echter in beginsel het criterium gehandhaafd van zijn eerdere arrest Van Dale/Romme. Dit Van Dale/Romme criterium wordt door de Hoge Raad in rov. 4.3 van het Endstra-arrest als vaste rechtspraak aangehaald, onder de – kennelijk goedkeurende – vaststelling dat ook het Hof in de Endstra zaak dit criterium voorop heeft gesteld.

De Hoge Raad preciseert vervolgens weliswaar de eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen. Dit betekent, aldus het hoogste rechtscollege in rov. 4.5.1, “dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest.” De conclusie, dat “in elk geval” daarbuiten valt een vorm die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard dan ook valt aan te wijzen, vloeit logisch uit die eis voort. Tegelijkertijd moet erop worden gewezen, dat de Hoge Raad *niet* beslist dat de bescherming van het auteursrecht zich automatisch uitstrekt over iedere vorm die uitkomt boven dit “absolute nulpunt” aan oorspronkelijkheid, iedere vorm dus, waarin ook maar enige creatieve arbeid van welke aard dan ook valt aan te wijzen.

De formulering van het Endstra arrest laat dus een soort schemerzone ontstaan. Enerzijds is auteursrecht pas definitief uitgesloten als iedere creatieve arbeid ontbreekt. Maar anderzijds handhaaft de Hoge Raad het criterium van Van Dale/Romme, dat positief (onder meer) een persoonlijk stempel eist, en verbindt het deze eis van persoonlijk stempel met de precisering dat het werk een resultaat moet zijn van scheppende menselijke arbeid en een voortbrengsel van de menselijke geest. Scheppende menselijke arbeid is op zijn beurt het resultaat van creatieve keuzes.

Maar dat dwingt nog niet tot de conclusie dat ook het minste sprankje van een creatieve keuze of enkele creatieve keuzes de rechter reeds zou verplichten tot het aannemen van auteursrecht. Integendeel veronderstelt Van Dale/Romme hoogstwaarschijnlijk dat een zekere “kritische massa” bereikt moet worden, vooraleer kan worden aangenomen dat een werk een resultaat is van scheppende menselijke arbeid. De creatieve adem van de maker moet het weefsel van het werk hebben doortrokken; het resultaat moet in voldoende mate de neerslag zijn van werkelijke schepende arbeid resulterend in een werkelijke schepping van de geest.

Of in andere woorden: voorwaarde voor de bescherming door het auteursrecht blijft de *positieve* eis dat het werk voortbrengsel van de geest moet zijn, het resultaat van scheppende menselijke arbeid en creatieve keuzes; deze voorwaarde is niet vervangen door het *negatieve* criterium dat aan al wat niet iedere creatieve inbreng ontbreekt, verplicht de bescherming door het auteursrecht geboden moet worden.

Concreet betekent dit dat de feitenrechter zich moet blijven richten op het zowel in Van Dale/Romme als in Endstra geëiste persoonlijk stempel van de maker. De beslissing, of in een vorm in een gegeven geval aan de aldus vastgestelde oorspronkelijkheidsmaatstaf voldoet, is echter afhankelijk van een overwegend feitelijke waardering. Ten aanzien van die waardering gunt de Hoge Raad de feitenrechter een ruime beoordelingsmarge. Ook voortbrengselen met een zeer bescheiden persoonlijk stempel mag de feitenrechter als oorspronkelijk aanmerken; de Hoge Raad gaat

¹² Aldus o.m. Dommering in diens noot in NJ 2008, 556 sub 8; Hugenholtz, *Ars Aequi* 2008, p. 822; Senftleben, *AMI* 2008, p. 139 e.v.

niet beoordelen of bij de feitelijke beoordeling het oorspronkelijkheidscriterium millimeters te laag is aangelegd. Pas als het zover gaat dat een feitenrechter de bescherming van het auteursrecht wil uitstrekken over iets dat “zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen,” is de grens bereikt die “in elk geval” in acht moet worden genomen, en waarvan overschrijding in cassatie niet getolereerd zal worden.

Op deze wijze lijkt het best te verklaren hoe de criteria van Van Dale/Romme en Endstra zich onderling verhouden. De rechter moet zich onverminderd blijven richten op het door Van Dale/Romme geëiste persoonlijk stempel. Dit criterium valt niet, of althans niet noodzakelijk, samen met alles wat boven de creatieve nulgrens uitkomt. De rechter heeft hier enige discretionaire vrijheid. Schending van het recht is derhalve niet reeds aan de orde wanneer het werk niet voldoet aan de eis van persoonlijk stempel, maar pas als – zoals uitgedrukt in Endstra – ieder creatief element ontbreekt. Hoewel dogmatisch de drempel even hoog blijft, kunnen feitenrechters onder die drempel gaan. Zij mogen dat echter strikt genomen niet.

2.1.3 Techniek en wetenschap zijn niet oorspronkelijk

Uitsluiting van de techniek

Vormen, die bepaald worden door technische eisen worden niet door het auteursrecht beschermd. In het auteursrecht was dit van oudsher uitgangspunt. Dat de uitsluiting van de techniek lange tijd nauwelijks uitdrukkelijk onder woorden werd gebracht, vloeit vermoedelijk voort uit het feit dat men meende dat die uitsluiting reeds besloten lag in de termen “werken van letterkunde, wetenschap of kunst”, of mogelijk meer nog uit het feit dat het domweg als vanzelfsprekend werd beschouwd dat techniek niet thuishoorde in het auteursrecht.

Pas in 2006 bracht de Hoge Raad de technische uitsluiting in eigen termen onder woorden: “Het werkbegrip van de Auteurswet vindt [...] zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrij-

gen van een technisch effect [etc.]”¹³ Daaraan vooraf ging evenwel reeds de *Dreentegel* zaak uit 1997, waarin het hoogste rechtscollege de beslissing van het hof overeind hield, dat auteursrechtelijke bescherming aan het litigieuze product had onthouden met als argument dat “de vorm tezeer het resultaat [was] van een door technische uitgangspunten beperkte keuze.”¹⁴ In de procedure die in 2010 leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Gavita/Helle*¹⁵, had het gerechtshof vastgesteld (rov 3.6, *in fine*) dat waar het bepalende aspecten van het uiterlijk betrof, met de bij de vormgeving van de armatuur gekozen oplossingen steeds een voordelig technisch effect was bereikt, en dit meebracht dat de *keuzemogelijkheden te beperkt waren voor een auteursrechtelijk relevante creatieve inbreng*. Door aldus te oordelen was het hof, aldus de Hoge Raad, uitgegaan van de juiste rechtsopvatting.

In 2010 sloot het Hof van Justitie in het arrest *Softwarova* techniek uit van het auteursrecht op vrijwel gelijkkluidend geformuleerde gronden. Oordelend over onderdelen van grafische gebruikersinterfaces overwoog het Hof dat aan het oorspronkelijkheidscriterium niet voldaan is “wanneer de uitdrukking van deze onderdelen door hun technische functie wordt bepaald, aangezien de verschillende manieren om een idee uit te voeren dan zodanig beperkt zijn dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan. (50) In een dergelijk geval kan de auteur door middel van de onderdelen van de grafische gebruikersinterface onmogelijk uitdrukking geven aan zijn creatieve geest en tot een resultaat komen dat een eigen intellectuele schepping vormt.”¹⁶ In maart 2012 oordeelde het hof in *Football Dataco* dat databanken niet aan de oorspronkelijkheidseis van het auteursrecht voldoen

13 HR 16 juni 2006, Lancôme/Kecofa (“Trésor”), Rov. 3.3.2. NJ 2006, 585, noot Spoor; IER 2006, nr 54, p. 201 met noot W. Grosheide nr. 88, p. 313-314; Ars Aequi 2006, p. 821-824, noot P.B. Hugenholtz; AMI 2006, p. 161-173, noot A.A. Quaedvlieg.

14 Hoge Raad 27 januari 1995, Zoontjens/Kijlstra (“Dreentegel”), NJ 1997, 273, en Hoge Raad 29 januari 2010, GAVITA/HELLE, LJN: BK1599.

15 Hoge Raad 29 januari 2010, GAVITA/HELLE, LJN: BK1599, rov. 3.3.2.

16 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany /Ministerstvo kultury, BIE 2011, nr 21 p 59 noot AA Quaedvlieg; AMI 2011, nr 6 p 95, noot A. van Rooijen, zie rovv 49 en 50.

wanneer voor de samenstelling technische overwegingen, regels of beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid.¹⁷

De technische uitsluiting wordt als onderdeel beschouwd van de zogeheten *idea/expression dichotomy*, volgens welke feiten, gegevens, concepten, methoden, systemen, en technisch of functioneel bepaalde producten van de geest zijn uitgesloten van bescherming.

Artikel 9, lid 2 TRIPs verdrag geeft derhalve – op iets afwijkende wijze – uitdrukking aan hetzelfde beginsel waar het verklaart: “Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.” Artikel 2 WIPO Copyright Treaty stemt vrijwel woordelijk met deze bepaling overeen.

Uitsluiting van resultaten van wetenschap

De *idea/expression dichotomy* brengt mee dat ook resultaten van wetenschap algemeen uitgesloten worden geacht van bescherming door het auteursrecht. Daaraan doet niet af dat het object van bescherming van het auteursrecht zich volgens de wet uitstrekt over “werken van letterkunde, wetenschap of kunst”. De wet en de verdragen doelen op de *vorm* van werken van wetenschap, met name op de eigen taalkundige formulering waarin de auteur zijn kennis, inzichten en bevindingen heeft neergelegd. Wetenschappelijke inhoud is daarentegen uitgesloten van bescherming. Zij behoort tot het vrije domein.

Onzekere strekking van het Technip arrest

Ongeacht het bovenstaande leek de Hoge Raad recentelijk in één geval de bescherming van wetenschappelijke resultaten dicht te naderen. Op 24 februari 2006¹⁸ oordeelde het hoogste rechtscollege in het *Technip* arrest dat aan het oorspronkelijkheidsvereiste kan zijn voldaan indien de selectie van een groot aantal chemische componenten en reacties uit

een veel groter (schier oneindig) aantal van dergelijke componenten en reacties is gebaseerd op wetenschappelijke of technische kennis, inzicht en ervaring, terwijl de selectie betrekking heeft op objectieve wetenschappelijke gegevens en wetmatigheden en gericht is op doeleinden van wetenschappelijke of technische aard. Dit lijkt in tegenspraak met het voorgaande en is niet eenvoudig te plaatsen in het systeem zoals de Hoge Raad dit – bij andere gelegenheden – overeind houdt, onder meer door de bevestiging, in het kort daarop volgende *Lancôme/Kecofa*,¹⁹ dat de bescherming door het auteursrecht zijn begrenzing vindt waar het oorspronkelijk karakter bepaald wordt door datgene wat noodzakelijk is voor het bereiken van een technisch effect. De strekking van het *Technip* arrest kan daarom wellicht uiteindelijk beperkt blijken. Ook is door De Cock Buning en Numann betoogd dat in het licht van de overwegingen van de Hoge Raad en de beperkte mate waarin het bestreden, auteursrecht afwijzende, arrest is vernietigd, nog maar te bezien is of het *Technip* arrest inderdaad heeft bijgedragen tot een verdere uitbreiding van het auteursrecht.²⁰

2.1.4 Gevolgen voor de bescherming van octrooiaanvragen

Octrooiaanvragen kunnen tekst bevatten, in de vorm van beschrijvingen, conclusies en/of listings; voorts tekeningen en schema's. De gevolgen van de uitsluiting van techniek en wetenschap voor de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van deze onderdelen kunnen uiteenlopen.

Al is het oorspronkelijkheidsgehalte van technische tekeningen naar hun aard beperkt, dit hoeft nog niet mee te brengen dat sprake van een vorm “die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen.” De beslissing daarover is aan de feitenrechter. Techni-

17 HvJ EU 1 maart 2012, zaak C-604/10, *Football Dataco v. Yahoo!* UK, rov. 39. AMI 2012, nr 15 p. 163-168; A.C. Beunen, *Geschriftenbescherming na het Football Dataco-arrest*, AMI 2012, p. 149-153.

18 HR 24 februari 2006, *Technip Kinetisch Stroomschema I*; IER 2006, nr. 39; AMI 2006, nr. 13, p. 153, m.nt. Quaadvlieg; NJ 2007, 37; BIE 2007, nr. 23, p. 144.

19 HR 16 juni 2006, *Lancôme/Kecofa*, NJ 2006, 585 noot Spoor.

20 Madeleine de Cock Buning en Ernst J. Numann, *De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hogesnelheidstrein dreigt te ontsporen*, in: DJG Visser, DWF Verkade (red.), *Spoorbundel Een eigen, oorspronkelijk karakter*, Amsterdam: deLex.2007, p. 25-45, ad 29.

sche *schema's* zullen echter dikwijls oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel ontberen.

Van de *tekst* van beschrijving en conclusies wordt in het algemeen aangenomen, dat zij voldoen aan de oorspronkelijkheidseis. Daarvóór spreekt dat twee onafhankelijk werkende octrooigemachtigden vermoedelijk wel nooit tot twee identiek geformuleerde aanvragen zullen komen, waarmee voldaan is aan een dikwijls gehanteerde ‘vuistregel’ voor oorspronkelijkheid.

Enige terughoudendheid ten aanzien van het oorspronkelijk karakter van octrooiaanvragen zou niettemin op zijn plaats kunnen zijn omdat evenzeer waar is dat de taal in een octrooiaanvraag maximaal objectiverend wordt aangewend. Idealiter wordt in de octrooiaanvraag de subjectieve expressie van de opsteller onderdrukt ten behoeve van een formulering die zo technisch, neutraal en feitelijk als mogelijk is.

Daar kan men dan weer tegenover stellen dat teveel rigiditeit kan meebrengen dat een auteursrecht op wetenschappelijk-technische werken illusoir wordt en dat dit zeker niet de bedoeling van de wetgever is geweest; (zelfs) in het Duitse recht, dat auteursrechtelijk voor bepaalde werken een hoge maatstaf aanlegt,²¹ wordt voor wetenschappelijke werken al gauw aangenomen dat aan de oorspronkelijkheidseis is voldaan. Rechter die een octrooiaanvraag ten aanzien van het oorspronkelijk gehalte het voordeel van de twijfel gunnen kunnen zich sedert de beslissing van de Hoge Raad in het Endstra arrest²² gesteund voelen doordat aan de feitenrechter de mogelijkheid wordt gelaten om de minimumdrempel voor bescherming zeer laag te leggen.

Zoals al aangegeven lijkt onder het in de Europese rechtspraak gehanteerde criterium van een “eigen intellectuele schepping” de voortzetting geoorloofd

van de milde drempel die in de Nederlandse rechtspraak voor de werktoets aanvaard was.²³

Op 2 mei 2012 oordeelde het Europees Hof over de bescherming van een gebruikershandleiding bij een computer programma.²⁴ De analogie met een octrooiaanvraag is in zoverre vrij sterk, dat het in beide gevallen gaat om werken die bestaan uit tekst dan wel tekst met illustraties; beide zijn bovendien overwegend objectief-beschrijvend van aard en sterk functioneel gericht. Het Hof overwoog dat de auteur van een gebruikershandleiding zijn creativiteit op een oorspronkelijke wijze kan uitdrukken en een intellectuele schepping kan realiseren door *keuze, volgorde en combinatie* van de diverse elementen waaruit de handleiding is opgebouwd:

“64 It is apparent from the order for reference that the user manual for SAS Institute’s computer program is a protected literary work for the purposes of Directive 2001/29.

65 The Court has already held that the various parts of a work enjoy protection under Article 2(a) of Directive 2001/29, provided that they contain some of the elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work (Case C-5/08 Infopaq International [2009] ECR I-6569, paragraph 39).

66 In the present case, the keywords, syntax, commands and combinations of commands, options, defaults and iterations consist of words, figures or mathematical concepts which, considered in isolation, are not, as such, an intellectual creation of the author of the computer program.

67 It is only through the choice, sequence and combination of those words, figures or mathematical concepts that the author may express his creativity in an original manner and achieve a result, namely the user manual for the computer program, which is an

21 Terzijde blijft hier dat de Europese rechtspraak over het werkbegrip van de laatste drie jaar het einde in lijkt te luiden van de mogelijkheid om een dergelijke zwaardere oorspronkelijkheidsmaatstaf aan te leggen.

22 Hoge Raad, 30 mei 2008, Endstra-tapes, IEPT20080530, IER 2008, nr 53 p 197, noot Grosheide,

23 HvJEG 16 juli 2009, zaak C-5/08, Infopaq, AMI 2009, nr 20 p 198 noot KJ Koelman; IER 2009, nr 78 p 318 noot FW Grosheide; NJ 2011, 289 noot PB Hugenholtz.

24 HvJEU 2 mei 2012, C-406/10, SAS Institute v World Programming, IER 2012, nr 52 p. 432-442 noot FE, AMI 2012, nr 16 p. 168-172, noot KJ Koelman; CR 2012, nr 121 p. 275-288 noot M. Truyens.

intellectual creation (see, to that effect, Infopaq International, paragraph 45).

68 It is for the national court to ascertain whether the reproduction of those elements constitutes the reproduction of the expression of the intellectual creation of the author of the user manual for the computer program at issue in the main proceedings.”

Niet valt in te zien waarom een octrooiaanvraag dan geen auteursrecht zou kunnen genieten, nu de auteur van een aanvraag zijn creativiteit *m.m.* op een oorspronkelijke wijze kan uitdrukken en een intellectuele schepping kan realiseren door keuze, volgorde en combinatie van woorden, schema's en tekeningen. Op grond van een en ander is het vermoeden gerechtvaardigd dat de overgrote meerderheid van octrooiaanvragen 'vol' (i.t.t. tot 'slechts' geschriftenrechtelijk) auteursrecht geniet.²⁵

Hoewel het gegeven dat de vorm van octrooiaanvragen voor een deel wordt bepaald door hun technische of functionele inhoud er dus niet aan in de weg staat dat zij door het auteursrecht beschermd kunnen zijn, kan ditzelfde gegeven wel de auteursrechtelijke beschermingsomvang van de aanvragen beperken. Dit komt in Hoofdstuk 3 aan de orde.

2.2 Wettelijke uitsluiting artikel 11 Aw

Artikel 11

Er bestaat geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.

Op besluiten van de openbare macht rust geen auteursrecht. Indien de aanvraag als een deel van het besluit tot octrooiverlening moet worden aangemerkt deelt zij in het lot van het besluit als geheel en rust ook op haar – na verlening – geen auteursrecht meer. Omdat artikel 11 technisch sterke verwantschap vertoont met de wettelijke regeling voor werken waarvan de overheid maker dan wel rechthebbende is, wordt het probleem aan de orde gesteld bij het desbetreffende onderdeel.

2.3 Conclusie: octrooiaanvraag is een beschermd werk

Het recht biedt zelden zekerheid, maar de vraag of de tekst van octrooiaanvragen voor geschriftenbescherming in aanmerking komt kan – zolang deze bescherming bestaat – met zekerheid bevestigend worden beantwoord. De meerderheid van de schrijvers lijkt niet minder sympathiek te staan tegenover een 'vol' auteursrecht op aanvragen en hun inhoud, maar zelf meen ik dat hier voorzichtigheid geboden is wegens de objectiverende, en in zoverre van oorspronkelijk stempel gespeende, formulering van de aanvragen.

²⁵ Zie echter ook hieronder, paragraaf 3: de beschermingsomvang kan beperkt zijn.

3. Beschermingsomvang: “dun auteursrecht” voor techniek en objectieve beschrijvingen

Voor de vraag in hoeverre zich bij het opstellen van octrooiaanvragen beperkingen kunnen voordoen op grond van het auteursrecht is niet alleen het werk-concept van belang, maar ook de (beperkte) beschermingsomvang van het auteursrecht in de technische, feitelijke of objectieve sfeer.²⁶

Nu octrooien en octrooiaanvragen voor een belangrijk deel zo objectief mogelijke beschrijvingen zijn van technische oplossingen en objectieve externe feiten, systemen en concepten beperkt dit naar de aard het oorspronkelijkheidsgehalte van deze werken. Praktisch gevolg daarvan kan zijn dat bijvoorbeeld de mate waarin uit dergelijke werken geciteerd mag worden, reeds naar de aard van het werk – dat wil zeggen, nog afgezien van andere omstandigheden – ruim zal kunnen zijn.

Een en ander geldt ongeacht het feit dat, zoals octrooigemachtigden soms – met recht – aanvoeren, de redactie van een aanvraag naast andere kwaliteiten een aanzienlijke mate van creativiteit kan vergen. Nu deze creativiteit evenwel enerzijds een objectiverende functie van precisie en helderheid nastreeft en anderzijds de formulering zelf van de aanvraag de maatstaf is voor de verleningsbeslissing, en het octrooischrift de maatstaf voor de juridische beschermingsomvang van het exclusief recht, staat tegenover diezelfde creativiteit een sterk en soms overheersend functioneel en objectiverend karakter.

Er moet daarom enerzijds rekening mee worden gehouden dat de rechter de beschermingsomvang beperkt kan achten van geschriften die in woord of afbeelding een zakelijke beschrijving van technische informatie bevatten. Dat betekent dat overnemende werken, die dezelfde zakelijke informatie tot onderwerp hebben en zakelijke informatie aan de aanvraag ontlenuen, ondanks een bepaalde mate van overeenstemming niet altijd een inbreuk hoeven te zijn.

Anderzijds mag niet uit het oog worden verloren dat het Hof van Justitie in *Infopaq I* heeft overwogen dat, gelet op de ruime beschermingsomvang die de auteursrechttrichtlijn beoogt te geven, reeds de weergave van een fragment uit een krantenartikel dat bestaat uit slechts elf opeenvolgende woorden ervan, een gedeeltelijke reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 kan vormen indien een dergelijk fragment een bestanddeel van het werk omvat dat als dusdanig uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping van de auteur.²⁷ Nu ook krantenartikelen vaak zakelijke informatie bevatten – de zaak betrof in het bijzonder krantenartikelen met economisch nieuws – kan dit risico’s meebrengen bij de letterlijke overname van fragmenten met een oorspronkelijk karakter, zelfs als het kleine fragmenten betreft. Daarbij kan mede relevant zijn of er een “oopenstapelning” van kleine fragmenten wordt overgenomen uit het oorspronkelijke werk (*Infopaq I*, nr. 50)

²⁶ Vgl ook Arnoud Engelfriet in diens blog iusmentis.com, 29 april 2008.

²⁷ HvJEG 16 juli 2009, zaak C-5/08, *Infopaq I*, rov. 47 en 48. AMI 2009, nr 20 p 198 noot KJ Koelman; IER 2009, nr 78 p 318 noot FW Grosheide; NJ 2011, 289 noot PB Hugenholtz.

4. Rechthebbende: overzicht wettelijke regels

Aangenomen dat er auteursrecht rust op een octrooiaanvraag, is de volgende vraag aan wie dit auteursrecht moet toekomen.

1. Art. 1 Auteurswet: de werkelijke maker als rechthebbende

Volgens art. 1 van de Auteurswet is het auteursrecht het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden. In beginsel komt het recht dus aan de maker zelf toe. Als een octrooigemachtigde een octrooiaanvraag opstelt, komt hem in beginsel het auteursrecht daarop toe; zijn er anderen betrokken die tekeningen of delen van de tekst voor hun rekening nemen, zoals het geval kan zijn bij de uitvinder zelf, dan gelden deze als (co-)auteur. De definitieve octrooiaanvraag c.q. het uiteindelijke octrooischrift zal in veel gevallen bewerkingen hebben ondergaan. Indien deze wijzigingen tot stand komen door concreet door derden aangeleverde tekst- of grafische elementen gelden deze eveneens als co-auteur. Als de bijdragen in het uiteindelijk resultaat niet meer scheidbaar zijn ontstaat een gemeenschappelijk auteursrecht (artikel 26 Aw).

2. Makers ex art. 5-8

In bepaalde gevallen komt het auteursrecht evenwel krachtens de wet aan andere subjecten toe dan de werkelijke maker(s). In dat verband halen wij om te beginnen de artikelen 5-8 Auteurswet aan:

Artikel 5

1. Van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, hetwelk bestaat uit afzonderlijke werken van twee of meer personen, wordt, onverminderd het auteursrecht op ieder werk afzonderlijk, als de maker aangemerkt degene, onder wiens leiding en toezicht het gansche werk is tot stand gebracht, of bij gebreke van dien, degene, die de verschillende werken verzameld heeft.

Artikel 6

Indien een werk is tot stand gebracht naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht, wordt deze als de maker van dat werk aangemerkt.

Artikel 7

Indien de arbeid, in dienst van een ander verricht, bestaat in het vervaardigen van bepaalde werken van letterkunde, wetenschap of kunst, dan wordt, tenzij tusschen partijen anders is overeengekomen, als de maker van die werken aangemerkt degene, in wiens dienst de werken zijn vervaardigd.

Artikel 8

Indien eene openbare instelling, eene vereeniging, stichting of vennootschap, een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden, wordt zij, tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was, als de maker van dat werk aangemerkt.

Artikel 5 is qua strekking beperkt. Het verschafft een eigen recht aan de verzamelauteur op de verzameling maar laat de rechten op de onderliggende werken onverlet.

Artikel 6 brengt mee dat waar er een ‘hoofdmaker’ is, aan deze het auteursrecht toekomt, zelfs als de personen van wie hij gebruik maakt voor de uitvoering arbeid van min of meer scheppende en dus niet in hoofdzaak mechanische aard verrichten.²⁸ De ‘hoofdmaker’ moet niet alleen leiding en toezicht hebben gehad, er moet ook naar zijn ontwerp zijn gewerkt.

Artikel 7 is van toepassing als de betrokken makers de aanvraag opstellen in het kader van de vervulling van hun dienstbetrekking bij een onderneming of een

²⁸ HR 28 juni 1940, NJ 1941, 110 noot E.M.M., Fire over England I.

octrooigemachtigdenkantoor. In dat geval geldt in beginsel de werkgever als maker van het werk krachtens art. 7 Aw; het auteursrecht valt hem derhalve toe.

Artikel 8 is een dikwijls raadselachtig artikel, dat niettemin in het kader van octrooien en octrooiaanvragen mogelijk een belangrijke rol zou kunnen spelen. Op artikel 8 wordt hieronder teruggekomen (zie Hoofdstuk 6).

3. Openbare macht als maker

In sommige gevallen komt het auteursrecht toe aan de openbare macht, te weten in het geval van door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werken mits het auteursrecht uitdrukkelijk is voorbehouden.

Artikel 15b

Als inbreuk op het auteursrecht op een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk van letterkunde, wetenschap of kunst, waarvan de openbare macht de maker of rechtverkrijgende is, wordt niet beschouwd verdere openbaarmaking of vereenvoudiging daarvan, tenzij het auteursrecht, hetzij in het algemeen bij wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan uitdrukkelijk is voorbehouden. Ook als een zodanig voorbehoud niet is gemaakt, behoudt de maker echter het uitsluitend recht, zijn werken, die door of vanwege de openbare macht zijn openbaar gemaakt, in een bundel verenigd te doen verschijnen.

Hieronder komt nader aan de orde of en onder welke omstandigheden artikel 15b een rol kan spelen ten aanzien van octrooischriften of octrooiaanvragen.

5. Rechthebbende(n) vóór publicatie: alle makers

Vóór publicatie van de aanvraag zijn met name de artikelen 1, 6 en 7 van belang voor de vraag, wie rechthebbende is. Dat kan (als gezegd) de octrooigemachtigde zijn, die de aanvraag heeft opgesteld, dan wel de uitvinder zelf, dan wel een derde, dan wel de werkgever binnen wiens onderneming iemand de aanvraag heeft opgesteld krachtens de vervulling van de taken van zijn arbeidsovereenkomst. Als meerdere van deze personen ieder hun steentje hebben bijgedragen tot de opstelling van de aanvraag heeft in beginsel ieder aanspraak op het auteursrecht op zijn eigen bijdrage. Het bovenaangehaalde art. 6 voegt ondergeschikte bijdragen echter toe aan het auteursrecht van de ‘hoofdauteur’, zelfs als hen enig oorspronkelijk karakter niet ontzegd kan worden: indien een werk is tot stand gebracht naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht, wordt deze als de maker van dat werk aangemerkt.

Daarnaast zou nog een gemeenschappelijk auteursrecht ex art. 26 Aw denkbaar zijn.

In opdrachtverhoudingen komt het auteursrecht toe aan de auteur-opdrachtnemer. Het auteursrecht op de octrooiaanvraag die een derde in opdracht van de aanvrager voor deze heeft opgesteld komt dus niet toe aan de aanvrager, maar aan de opdrachtnemer.

Dat vloeit ten eerste voort uit het in art. 1 Aw als uitgangspunt genomen zogeheten “Schöpferprincipe”, op grond waarvan het auteursrecht toekomt aan de werkelijke maker. Het gaat daarbij om degene die de werkelijke scheppende arbeid uitvoert. Verschafft de aanvrager aan de opsteller van de aanvraag informatie omtrent de uitvinding, dan komt het auteursrecht onverminderd toe aan de werkelijke opsteller van de tekst c.q. auteur van de tekeningen in de aanvraag, *tenzij* het zover gaat dat het werk, op de voet van art. 6 Aw, cumulatief voldoet aan de eisen dat het tot stand is gebracht naar het ontwerp van de aanvrager en onder diens leiding en toezicht.

De toedeling van het auteursrecht aan de opdrachtnemer wortelt ten tweede in het onderscheid dat de systematiek van het privaatrecht maakt tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht. Artikel 7 Aw, dat het auteursrecht neerlegt bij de werkgever als fictief maker, wordt geacht te zijn beperkt tot arbeidsverhoudingen (en verhoudingen die de wet daaraan gelijkstelt). In opdrachtrelaties geldt, a contrario, het uitgangspunt dat het auteursrecht toevalt aan de werkelijke maker.

Wel geldt dat de opdrachtgever bevoegd is om het werk te *gebruiken*. De grenzen van het gebruiksrecht worden bepaald door de verbintenisrechtelijke verhouding tussen partijen²⁹. Wenst de aanvrager een sterkere auteursrechtelijke positie, dan dient hij zich het auteursrecht te laten overdragen, indien mogelijk bij voorbaat, of andere goederenrechtelijke mogelijkheden te benutten.

Status van het verbreidingsrecht van art. 12, lid 1 sub 2° na indiening

Ten aanzien van de vraag wie auteursrechthebbende is, verschilt de situatie voor en na indiening van de aanvraag niet; pas na publicatie kunnen de hierna onder par. 6 te beschrijven veranderingen optreden.

Voor de volledigheid wordt echter een mogelijkheid van statusverandering vermeld ten aanzien van het *exploitatie*recht. Krachtens art. 12, lid 1 sub 2° Aw wordt onder openbaarmaking *mede* verstaan “de verbreiding” van een werk zolang het niet in druk verschenen is. Dit brengt een extra bescherming mee, doordat ook het inzage verschaffen aan een beperkte kring van personen al toestemming van de auteur behoeft. De meest plausibele uitleg van deze bepaling is dat het een persoonlijkheidsrechtelijk getinte bescherming is, die beperkt is tot het stadium, dat

²⁹ Uitgebreid over de arbeidsverhouding Quaedvlieg, SDU Commentaar arbeidsrecht 2012, H. 39.

een werk de “phase intime” van de auteur nog niet heeft verlaten.³⁰ De auteur van een aanvraag zou derhalve mogelijk deze bepaling in kunnen roepen om vóór de indiening zijn werk in zekere mate af te schermen van de buitenwereld.

Na de indiening moet mijns inziens worden aangenomen dat niet meer sprake is van een werk in de *phase intime* en eindigt derhalve de toepasselijkheid van deze bepaling. Intussen geldt uiteraard dat ook de

verbintenisrechtelijke verhouding tussen partijen moet worden gewogen. Deze kan impliciete toestemming meebrengen om wel aan een bepaalde kring inzage te verschaffen; zo kan niet aan twijfel onderhevig zijn dat de onderneming in opdracht waarvan de aanvraag is opgesteld, inzage daarin mag verschaffen aan eenieder waarvan zij redelijkerwijs kan menen dat dit dienstig is.

30 Spoor, Verkade, Visser, *Auteursrecht*, Kluwer Deventer 3^e druk 2005 nr 4.19 p.180. Dit verbreidingsrecht kan wellicht gezien worden als een manifestatie van het persoonlijkheidsrechtelijke *droit de divulgation*/recht van eerste openbaarmaking: JJC Kabel en AA Quaedvlieg, Moral Rights, in: Bernt Hugenholtz, Antoon Quaedvlieg, Dirk Visser, *A Century of Dutch Copyright Law. Auteurswet 1912-2012.*, Amsterdam: deLex 2012, p. 355.

6. Na publicatie. Artikel 8 Aw: de Octrooiinstantie als fictief maker

Het auteursrecht ontstaat bij de werkelijke maker(s) of hun werkgevers. Maar op het moment van de eerste openbaarmaking kan alsnog (her-)allocatie van het auteursrecht plaatsvinden bij de openbare instelling, rechtspersoon of vennootschap die het werk als van haar afkomstig openbaar maakt, en wel op grond van artikel 8 Aw. Deze bepaling zou heel wel ook toepassing kunnen vinden op octrooiaanvragen.

Zes bestanddelen van artikel 8 worden nader uitgelicht.

Artikel 8

- Indien eene openbare instelling (1), eene vereniging, stichting of vennootschap,
- een werk als van haar afkomstig (3) openbaar maakt (2),
- zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden (4), wordt zij,
- tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was (5),
- als de maker van dat werk aangemerkt (6).

6.1 “Eene openbare instelling”

De bevoegde autoriteiten die de publicatie verrichten zijn openbare instellingen.

6.2 “Openbaar maakt”

Met de openbaarmaking die het rechtsgevolg van artikel 8 teweegbrengt wordt de eerste openbaarmaking bedoeld³¹. Na uiterlijk 18 maanden worden octrooiaanvragen door de bevoegde autoriteit gepu-

bliceerd (art 31 jo. 19 Row, art. 93 EOV, art. 21 PCT). De aanvragen zijn dan online raadpleegbaar. Voor zover mij bekend zal deze publicatie normaal gesproken de eerste openbaarmaking van de octrooiaanvraag zijn. Van een ‘eerste openbaarmaking’ in de zin van artikel 8 Aw is pas sprake als er ‘een zeker’ publiek bij betrokken is³².

6.3 Openbaarmaking “als van haar afkomstig”

“Als van haar afkomstig” is een bestanddeel van art. 8 dat niet altijd gemakkelijk met nauwkeurigheid te duiden is.

“als van haar afkomstig”: door de rechtspersoon en krachtens haar werkzaamheden

Om te kunnen zeggen dat een rechtspersoon “als van haar afkomstig” openbaar maakt kan als basisconditie gelden dat de openbaarmaking geschiedt door de rechtspersoon zelf en krachtens haar werkzaamheden. Gerbrandy³³ stelt dat tussen het lichaam en het werk een zodanig verband behoort te bestaan “dat men het ervoor houden moet dat aan het publiek te kennen gegeven is dat het lichaam met het oog op haar doeleinden de openbaarmaking verricht of laat verrichten.”

In het geval van openbaarmaking van de aanvraag door de octrooi-instantie staat vast dat de bevoegde autoriteit openbaar maakt krachtens de taken die wettelijk aan haar als overheidslichaam zijn opgedragen. Aan de openbaarmaking door de octrooi-instantie verbindt de wet waarborgen en rechtsgevolgen, zoals de waarborg dat de gepubliceerde tekst overeenstemt met de aanvraag zoals ingediend en de

31 Spoor, Verkade, Visser, *Auteursrecht*, Kluwer Deventer 3^e druk 2005 p. 49, met aanhaling van Pres. Rb’s Grav. 21 april 2000, BIE 2002, nr 43, p. 478, Mobiele scheepsontlader (beroep op art. 8 wordt afgewezen omdat betreffende foto al jaren eerder in de brochure van het Amerikaanse bedrijf PCB stond).

32 Hof Amsterdam 31 juli 2003, AMI 2004, nr.2 p 25, noot Seignette, Tariverdi/Stadsomroep.

33 S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Gouda Quint Arnhem 1988, p. 55 aant. [6].

rechtsgevolgen dat door de publicatie van de aanvraag voldaan is aan de noodzakelijke voorwaarde van die publicatie voor octrooiverlening, en dat latere uitbreiding buiten de inhoud van de aanvraag verboden is.

Openbaarmaking van de aanvraag met de daaraan verbonden, door de aanvrager beoogde rechtsgevolgen moet derhalve geschieden en kan alleen maar geschieden door de octrooi-instantie krachtens de aan haar door de wet opgedragen werkzaamheden. De octrooi-instantie maakt derhalve “als van haar afkomstig” openbaar. Dit handelen krachtens publiekrechtelijke functie onderscheidt haar van een privaatrechtelijke rechtspersoon die uitsluitend openbaar maakt namens of in opdracht van een ander, als intermediair of “websitebeheerder”. Dan is duidelijk geen sprake van openbaarmaking door die rechtspersoon “als van haar afkomstig”.

6.3.1 “Als van haar afkomstig”: nadere eisen en omstandigheden

Bij de toepasselijkheid van art. 8 zijn niettemin twee verdere vragen denkbaar.

De eerste bedenking betreft de rechtsverhouding tussen de octrooi-instantie en de aanvrager. De Memorie van Toelichting achtte art. 8 nodig als aanvulling op art. 7 Aw indien de “vervaardiger, de *manus ministra* der rechtspersoon, handelde buiten dienstverband, krachtens eene bijzondere opdracht.”

Betekent dit dat er sprake moet zijn van een bijzondere opdracht van de rechtspersoon aan de auteur? In dat geval is de tegenwerping denkbaar, dat de opsteller van een octrooiaanvraag niet handelt krachtens een bijzondere opdracht van de octrooi-instantie, zodat art. 8 niet toepasselijk zou zijn.

6.3.2 *Manus ministra* en afstand van recht als sleutel tot art. 8

Naar mijn mening moet niet het begrip bijzondere opdracht beslissend zijn, maar het ruimere begrip *manus ministra*.

Het is niet de opdrachtverhouding die de verwerving van het auteursrecht door de rechtspersoon kan rechtvaardigen. Integendeel, volgens het stelsel van de Auteurswet komt het recht toe aan de auteur als opdrachtnemer. De wet zet de arbeidsverhouding af tegen de opdrachtverhouding. Alleen als sprake is van een arbeidsverhouding verliest de auteur ex art. 7 Aw zijn rechten. Als opdrachtnemer behoudt hij echter die rechten. Artikel 8 kan derhalve nooit meer opleveren dan een beperkte correctie op het uitgangspunt, dat de auteur als opdrachtnemer zijn rechten behoudt. Daarom kan noch de aanwezigheid van een opdrachtverhouding op zich volstaan als rechtvaardiging voor de toepassing van artikel 8, noch kan de afwezigheid van een opdracht volstaan om dat artikel buiten toepassing te laten.

Het is daarentegen niet meer dan voor de hand liggend dat art. 8 zich in beginsel uitstrekt over zodanige gevallen, waarin uit de onderlinge verstandhouding tussen de vervaardiger en de openbaarmaker voortvloeit dat de maker van het werk – als *manus ministra* – afstand doet van het auteursrecht ten behoeve van de rechtspersoon die het werk als van zich afkomstig zal openbaar maken.³⁴ Als een vereniging bijvoorbeeld notulen openbaar maakt die, bij ontstentenis van de secretaris, zijn opgemaakt door een ander lid van het bestuur, zal art. 8 daarop van toepassing zijn ook zonder dat sprake is van een bijzondere opdracht. De notulist fungeert immers onverminderd als dienende of uitvoerende hand van de rechtspersoon.

Deze verstandhouding bestaat ook in de verhouding tussen de opsteller van de octrooi aanvraag en de octrooi-instantie. De octrooi-instantie maakt de aanvraag krachtens haar publieke functie als van zich afkomstig openbaar zonder de naam van de maker te noemen, terwijl de opsteller dit weet en – met het oog op de aan de aanvraag verbonden rechtsgevolgen – wenst. De opsteller weet dat de octrooi-instantie deze publieke taak alleen kan verrichten op basis van een aanvraag die bij haar wordt ingediend. In die zin is de

34 H. de Beaufort, *Auteursrecht*, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle 1932, p. 56-57; S. Gerbrandy, *Kort Commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, Art. 8, Aant [12] p. 56.

opsteller *manus ministra* van de octrooi-instantie ten aanzien van de formulering van de inhoud van de aanvraag – of moet hij althans voor de toepassing van art. 8 Aw analoog daaraan behandeld worden.

“Als van haar afkomstig” ware derhalve niet uit te leggen als de (zwaardere) eis, dat de rechtspersoon het werk presenteert als een werk dat door of vanwege haar is *opgesteld*. Evenmin is vereist dat de octrooi-verlenende instelling zichzelf als maker noemt³⁵.

6.3.3 “Verknoctheid” van het werk met de rechtspersoon

Een tweede bedenking kan voortvloeien uit het feit dat als werken waarop artikel 8 van toepassing is, meestal voorbeelden genoemd worden waarbij typisch sprake is van een zekere verknoctheid, een intrinsieke samenhang tussen het werk en de rechtspersoon die openbaar maakt. Als voorbeeld van werken waarop aan de door art. 8 bedoelde rechtspersonen c.a. het auteursrecht moet toevallen noemt de Memorie van Toelichting “hunne verslagen, berichten en mededeelingen”. Gerbrandy heeft het over “jaarverslagen, periodieke berichten over de stand van haar werkzaamheden enz.”³⁶ Al deze werken hebben als eigenschap dat zij verknoccht zijn met de rechtspersoon en buiten deze geen commerciële waarde hebben.

Onzeker is of afwezigheid van verknoctheid in deze zin een ‘harde’ beperking van het toepassingsgebied van art. 8 kan opleveren. Deze vraag kan hier echter terzijde blijven, omdat ons inziens wel degelijk mag worden uitgegaan van ‘verknoctheid’ van de octrooi-aanvraag met de octrooi-instantie. Deze vloeit voort uit de verknoctheid van de aanvraag met de publiek-rechtelijke objectieven van het stelsel van octrooiverlening. Tot deze objectieven hoort het beschikbaar komen van kennis omtrent de stand van de techniek. Werken die vervaardigd worden met het oog op de aanvraag en verlening van een octrooi, die door een octrooi-instantie in het kader van de verleningsproce-

dure als van haar afkomstig openbaar gemaakt worden, en die daarbuiten in het algemeen weinig of geen zelfstandige economische waarde vertegenwoordigen, zijn als aanvraag intrinsiek gekoppeld aan de verleningsinstantie en haar publieke taak.

6.4 “Zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden”

6.4.1 Auteursvermelding werkelijke makers ongebruikelijk

De aanvraag vermeldt de namen van de aanvrager en de octrooigemachtigde in die hoedanigheid. Dit betreft evenwel geen auteursvermeldingen. Eigenlijke auteursvermelding vindt in de praktijk niet plaats; het aanvraagformulier voorziet niet in ruimte daarvoor.

Zoals boven aangegeven zijn er veel natuurlijke personen die in enigerlei vorm een bijdrage kunnen leveren tot de aanvraag. De vermelding van de aanvrager en eventueel de octrooigemachtigde in de genoemde hoedanigheden geeft in ieder geval formeel, maar in veel gevallen ook materieel geen enkel uitsluitel over wie wat aan het werk van de octrooiaanvraag heeft bijgedragen³⁷, noch ook over de vraag of andere, niet genoemde personen hierbij nog auteursrechtelijk relevante inbreng hebben gehad.

De wet houdt als criterium aan of de natuurlijke maker als zodanig *vermeld* is.

Onjuist lijkt mij de soms in de rechtspraak aangehouden keuze dat artikel 8 slechts een bewijsvermoeden verschafft, welk vermoeden terzijde moet worden gesteld als de werkelijke maker duidelijk is en/of niet in geschil is; in werkelijkheid wordt dan naar mijn indruk door de rechter vaak bedoeld, dat duidelijk is dat de rechtspersoon die zich op artikel 8 beroept niet rechtmatig tot openbaarmaking had mogen over-

35 Hof Den Haag 22 december 2009, LJN: BL2812.

36 S. Gerbrandy, *Kort Commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, Art. 8, Aant [5] p. 55; Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3^e druk p.50.

37 In voorkomende gevallen wordt slechts het kantoor van de octrooigemachtigde genoemd, dan wel één van de octrooigemachtigden werkzaam bij dat kantoor, met de toevoeging “c.s.”, waarbij de octrooigemachtigde in dienst kan zijn van dat kantoor dan wel bijvoorbeeld daarmee geassocieerd als vennoot of partner.

gaan zonder het noemen van deze natuurlijke persoon als maker. Het gegeven op zich echter dat de maker-natuurlijke persoon bekend is en niet in geschil (hetgeen dikwijls het geval zal zijn, zeker als de octrooigemachtigde de gehele aanvraag verzorgd heeft), doet aan de toepasselijkheid van artikel 8 niet af, als tevens vaststaat dat de instelling of rechtspersoon rechtmatig tot de artikel 8 openbaarmaking kon overgaan.

6.4.2 In de aanvraag geciteerde werken. Eis van naamsvermelding.

De werking van artikel 8 strekt zich naar mijn mening niet uit tot in de aanvraag geciteerde werken, voor zover die met inachtneming van de daarvoor geldende wettelijke regels worden aangehaald.

Waar in een octrooiaanvraag inhoudelijk³⁸ geciteerd wordt uit het werk van derden waarop auteursrecht rust, bijvoorbeeld door overname van tekeningen of tekstfragmenten, dient uiteraard voldaan te worden aan de aan het citaatartikel 15a verbonden voorwaarden, in het bijzonder ook dat de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld. Dan is ten aanzien van die delen van de aanvraag niet voldaan aan de eis dat geen natuurlijk persoon als maker vermeld is.

Blijft de naamsvermelding achterwege zonder dat de auteur afstand heeft gedaan van dat recht in de wetenschap van, of minstens met (eventueel impliciete) aanvaarding van, het daaraan door artikel 8 verbonden rechtsgevolg, dan is mijns inziens niet voldaan aan de aanstonds te behandelen voorwaarde dat de openbaarmaking rechtmatig moet zijn. Zodoende kan evenmin tot toepassing worden gekomen van artikel 8.

Het achterwege laten van de naamsvermelding als voorwaarde voor rechtsgeldig citeren kan ons inziens verstreckende rechtsgevolgen hebben bij de toepassing van artikel 15b Aw, dat verderop aan bod komt. Het verwaarlozen van de naamsvermelding bij geci-

teerd materiaal is daarom niet altijd onschuldig. Uit het achterwege laten daarvan kunnen aansprakelijkheden ontstaan voor de opsteller dan wel indiener van de aanvraag waarin dit werk geciteerd wordt, wanneer hen een verwijt kan worden gemaakt van (de publicatie van) het niet rechtsgeldige citaat.

In het licht van het voorgaande concluderen wij dat als de octrooi-instantie de octrooiaanvraag openbaar maakt zonder daarbij enig natuurlijk persoon als maker van de aanvraag te vermelden, artikel 8 haar als maker van de aanvraag aanmerkt.

6.5 “Tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was”

Dit fragment werd ingevoerd bij Nota van Wijziging van 3 juli 1912³⁹ teneinde de oorspronkelijke formulering te vervangen, die luidde: “tenzij anders is overeengekomen”. Aan de Nota van Wijziging ging een – iets afwijkend geformuleerd – Amendement van Doorn⁴⁰ vooraf, met de volgende toelichting:

“Het artikel schijnt de bedoeling minder juist uit te spreken. Het laat de mogelijkheid open, dat een der genoemde lichamen, een werk ter beoordeling, ter kennismaking krijgende, dit op zijn naam uitgeeft, zonder dat er van eenige overeenkomst omtrent die uitgaaf, veelmin omtrent de vermelding van den naam van den maker, sprake zou zijn. Er zou dan zeker ‘niet anders zijn overeengekomen’ en het uitgevend lichaam zou zich, zonder dat de maker er zelfs over gedacht had, diens auteursrecht door dit artikel zien toegekend.”

Omdat bij de totstandkoming van de Auteurswet niet is opgehelderd wat bewezen zou moeten worden opdat de openbaarmaking “onder de genoemde omstandigheden” (dat wil zeggen: de openbaarmaking als van de instelling afkomstig, en zonder daarbij enig natuurlijk persoon als maker te vermelden) onrechtmatig was, kan dit bestanddeel van artikel 8 juridisch de nodige hoofdbreken opleveren. Hierbo-

³⁸ Dat wil zeggen niet door enkele verwijzing naar bijvoorbeeld een vindplaats of aanvraagnummer.

³⁹ TK 1911-1912, 227, nr. 11; L. de Vries, *Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912*, SDU Den Haag, p. 8.4.

⁴⁰ L. de Vries, *Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912*, SDU Den Haag, p. 8.4.

ven gaven wij aan dat art. 8 zich ons inziens in beginsel uitstrekt over alle gevallen, waarin uit de onderlinge verstandhouding tussen de vervaardiger en de openbaarmaker voortvloeit dat de maker van het werk – als *manus ministra* – afstand doet van het auteursrecht ten behoeve van de rechtspersoon die het werk als van zich afkomstig zal openbaar maken. Dit komt qua strekking overeen met de vraag of auteurs al dan niet, in de woorden van het amendement, hun toestemming hebben gegeven voor openbaarmaking van hun werk in de aanvraag dan wel door uitdrukkelijke overeenkomst of door de aard van de (verbintenisrechtelijke) betrekking gebonden zijn die de toestemming te geven.

Met betrekking tot octrooiaanvragen zal het dikwijls mogelijk zijn om dit met voldoende duidelijkheid vast te stellen 6.5.1 behandelt situaties waarin sprake is van toestemming, 6.5.2 situaties waarin geen sprake is van toestemming. In 6.5.3 wordt ingegaan op de vraag of geoorloofd in een octrooiaanvraag geciteerde (gedeelten van) werken aan toepassing van art. 8 ontkomen.

6.5.1 Overnemen met toestemming van de auteur

“Betrokken” auteurs: stilzwijgende toestemming

Ten opzichte van al diegenen die direct betrokken zijn bij het opstellen van de aanvraag is de openbaarmaking rechtmatig. Zij weten dat hun bijdrage bestemd is voor het doen van een aanvraag, waaruit moet worden afgeleid impliciete (zoal niet expliciete) toestemming voor het gebruik van hun bijdragen voor dat doel, met inbegrip van de daaraan verbonden rechtsgevolgen – die voor ieder kenbaar zijn en – zo meen ik – voor de hand liggen.

Voor de octrooiaanvraag bestemde bijdragen van niet bij het opstellen betrokken auteurs

Ten opzichte van auteurs, die niet *direct* betrokken zijn bij het opstellen van de aanvraag maar die – zonder het stellen van nadere voorwaarden – wel “een

daartoe bestemde bijdrage”⁴¹ hebben geleverd, dan wel die toestemming hebben gegeven voor het gebruik van het werk in de octrooiaanvraag, ligt het al ingewikkelder. Weliswaar meen ik dat in beginsel hetzelfde mag gelden als voor de direct betrokken opstellers: wie weet dat hij een bijdrage voor een octrooiaanvraag levert mag in beginsel geacht worden te berusten in de rechtsgevolgen van de wettelijke publicatie van die bijdrage op de gebruikelijke wijze. De publicatie is dan niet snel onrechtmatig in de zin van artikel 8.⁴² Het definitieve antwoord op de vraag, of de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was, zal in bepaalde situaties echter alleen beantwoord te kunnen worden in het licht van de verhouding tussen partijen, hun wederzijdse redelijke verwachtingen, en alle andere relevante omstandigheden.

Zo kan ook de aard van het in de aanvraag opgenomen werk mogelijk van belang zijn voor het antwoord op de vraag, of en in hoeverre het rechtsgevolg van artikel 8 voor dat werk intreedt. Betreft het een technische tekening waarbij de veronderstelling zich opdringt dat deze net als de aanvraag als zodanig niet of nauwelijks voor onafhankelijke exploitatie vatbaar is, dan ligt het voor de hand die met de aanvraag als geheel onder de werking van artikel 8 te laten vallen. Maar wat als, zoals in het voorbeeld van de computerlisting, voor iedereen evident is (of kan zijn) dat het een werk betreft dat *met name* geschikt en bedoeld is om geëxploiteerd te kunnen worden buiten de aanvraag? Enerzijds blijft dan staan dat zij met toestemming en medeweten van de rechthebbende is opgenomen in de aanvraag, hetgeen toepasselijkheid van artikel 8 rechtvaardigt. Anderzijds schiet volledige toepassing van artikel 8 op dergelijke in de aanvraag

41 De term is ontleend aan art 45a, lid 2. Het betreft een regeling van filmrecht die niet op de onderhavige casus van toepassing is, maar wel een adequate aanduiding oplevert van een bredere kring van personen die in dit geval geacht mogen worden impliciet toestemming te hebben gegeven.

42 Wij laten hier buiten beschouwing het – vermoedelijk uitzonderlijke – geval dat de aanvragers weten of kunnen weten dat er met de betreffende bijdrage bijzondere zelfstandige exploitatiebelangen gemoeid kunnen zijn. De aanvraag kan immers het verval van auteursrechten met zich meebrengen. Zowel van de aanvragers als van de octrooigemachtigde – als deskundige – moet hier onder omstandigheden mogelijk enige zorgplicht verwacht worden.

ge opgenomen werken een redelijke toepassing van dat artikel in de onderhavige context voorbij. Bovendien is dat voor derden kenbaar. Het is immers evident dat de auteursrechthebbende op de listing van een computerprogramma haast niet beoogd kan hebben om afstand te doen van het auteursrecht *buiten* de context van de octrooiaanvraag.

Het zou daarom de voorkeur verdienen als artikel 8 in de onderhavige context zo uitgelegd zou kunnen worden, dat het daaraan verbonden rechtsgevolg van allocatie van het auteursrecht bij de octrooiverlenende instelling uitsluitend betreft het gebruik *als aanvraag* dan wel daarmee samenhangend gebruik, zoals het citeren uit de aanvraag en de daarin ontsloten kennis in andere aanvragen of in wetenschappelijk werk.

Een – enigszins – vergelijkbare figuur bestaat in het filmauteursrecht. Artikel 45d bevat een vermoeden van overdracht aan de producent van de exploitatierechten op het *filmwerk*. Dat impliceert dat de rechten op exploitatie van de in de film gebruikte werken buiten de exploitatie als film bij de makers blijven. Mutatis mutandis – er is slechts analogie in tamelijk algemene zin – zou men kunnen aannemen, dat de rechtsgevolgen van artikel 8 bij de publicatie *als* octrooiaanvraag beperkt blijven tot de rechten, die gerelateerd zijn aan de publicatie en het gebruik van die aanvraag.

6.5.2 Overnemen zonder toestemming van de auteur

Ten opzichte van andere auteurs, dat wil zeggen makers die niet bij de aanvraag betrokken zijn, niet een daartoe bestemde bijdrage hebben geleverd en ook anderszins geen toestemming voor het gebruik van hun werk hebben gegeven, spreekt vanzelf dat verveelvoudiging en openbaarmaking zonder hun toestemming, evenals het achterwege van de op grond van art. 25 Aw verplichte naamsvermelding, onrechtmatig is. Art. 8 kan derhalve geen toepassing vinden.

Croon⁴³ meende dat de openbaarmaking nooit onrechtmatig kan zijn, omdat de octrooiverlenende instelling krachtens de wet tot publicatie van de aanvraag verplicht is. Indien dit al juist is, regardeert dit argument naar mijn mening toch niet meer dan de *aansprakelijkheid* van de octrooi-instantie voor de openbaarmaking en haar gevolgen, die wordt weggenomen. De aanvrager zelf, die de aanvraag ter publicatie indient, blijft uiteraard wel altijd voor zijn handelen aansprakelijk.

Het feit dat de octrooi-instantie wettelijk tot openbaarmaking verplicht is kan echter niet prejudiciëren ten aanzien van de vraag of de openbaarmaking onrechtmatig is in de zin van artikel 8. Voor de toepassing van art. 8 is de openbaarmaking in de octrooiaanvraag wel degelijk onrechtmatig, zodat het rechtsgevolg van dat artikel niet kan intreden. Op de gevolgen van eventueel gewekte toerekenbare *schijn* van rechtmatige openbaarmaking door de openbare macht wordt verderop ingegaan.

6.5.3 “Immunititeit” van het citaat voor art. 8

Behalve het enkele overnemen van (delen van) werken in een octrooiaanvraag is het uiteraard mogelijk om deze werken volgens de daaraan door de wet gestelde voorwaarden te *citeren*. Het Nederlands auteursrecht kent een ruim citaatrecht. Citeren voor serieuze doeleinden uit de technische, door de overheid gepubliceerde en op publieksverspreiding gerichte materie van octrooiliteratuur zal door rechters waarschijnlijk in (zeer) ruime mate geoorloofd worden geacht. Het gegeven dat Regel 42, lid 1(b), dat de beschrijving van de uitvinding “... shall (...) preferably, cite the documents reflecting (background) art” geeft een regelgevende ‘steun’ voor een daarmee corresponderende ruime toepassing van het citaatrecht.

Het citaatrecht is neergelegd in art 15a van de Auteurswet, dat luidt als volgt:

43 C. Croon, in: HL Pinner (ed), World Copyright, AW Sijthoff Leiden 1957, Vol III p. 418 (Patent Applications /Netherlands).

Artikel 15a

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel mits:

1°. het werk waaruit geciteerd wordt rechtmatig openbaar gemaakt is;

2°. het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd;

3°. artikel 25 in acht wordt genomen; en

4°. voor zover redelijkerwijs mogelijk, de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld.

2. Onder citeren wordt in dit artikel mede begrepen het citeren in de vorm van persoverzichten uit in een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift verschenen artikelen.

3. Dit artikel is mede van toepassing op het citeren in een andere taal dan de oorspronkelijke.

De door de wet geëiste naams- en bronvermelding geldt alleen voor zover dat redelijkerwijs ook van de citerende partij gevergd kan worden. Voor bronvermelding bij citaten uit octrooiaanvragen volstaat uiteraard vermelding van het aanvraagnummer.

Ten aanzien van de diverse direct dan wel indirect bij de octrooiaanvraag betrokkenen wordt gewezen op de volgende punten.

Citaten uit eigen werk of uit werken van betrokken auteurs, welke werken niet uitsluitend voor de octrooiaanvraag bestemd zijn

Het is denkbaar dat in de aanvraag werken van de aanvrager of van betrokken derden worden gereproduceerd die niet uitsluitend voor de aanvraag bestemd zijn of waren maar daarbuiten een eigen leven leiden of kunnen leiden. Men denke aan een listing van een auteursrechtelijk beschermd (deel van een) computer programma. Het auteursrecht op dit programma (en de listing waarin de code is neergelegd) heeft uiteraard een betekenis die niet beperkt is tot de aanvraag,

maar zich uitstrekt tot de exploitatie van het programma zelf. Het verdient aanbeveling in deze gevallen te vermelden dat het betreffende werk wordt geciteerd. Het citeren moet voldoen aan de door de art. 15a gestelde eisen, met name ook de eis van bronvermelding en, voor zover mogelijk, vermelding van de naam van de auteur.

Een volledige citaatvermelding levert dus in zekere zin een dubbele beschermingswand op tegen de toepasselijkheid van art. 8: niet alleen wordt het geciteerde werk in zekere zin buiten de aanvraag als zodanig getild, maar door de naamsvermelding voldoet het geciteerde fragment ook niet meer aan de toepassingsvoorwaarde van art. 8, dat moet worden openbaar gemaakt zonder een natuurlijk persoon als maker te noemen.

Het feit dat de toepasselijkheid van art. 8 wordt uitgeschakeld heeft tot gevolg dat de octrooi-instantie geen rechthebbende wordt op grond van dat artikel. Daarmee is niet gezegd dat de aanvraag helemaal zonder gevolg is voor de auteursrechtelijke status van de geciteerde werken. Wat binnen de aanvraag geciteerd wordt, mag ook door derden weer, binnen de grenzen van art. 15a Aw, ‘geherciteerd’ worden. Art. 15a, lid1 sub 2 staat citeren toe mits het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd. Het feit dat de geciteerde werken van overwegend technische natuur zijn, dat zij zijn openbaar gemaakt als onderdeel van een octrooiaanvraag en dat de auteur hetzij zelf aanvrager is hetzij bij de aanvraag betrokken is, zouden ieder voor zich omstandigheden kunnen opleveren die citeren in ruime mate toestaan. In ieder geval moet worden aangenomen dat bij gehele of gedeeltelijke reproductie van de octrooiaanvraag als zodanig, de daarin opgenomen citaten volledig kunnen worden geherciteerd.

Blijft de citaatvermelding achterwege, dan treedt het rechtsgevolg van artikel 8 in, tenzij de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was. Onrechtmatigheid ten aanzien van de aanvrager zelf lijkt niet aan de orde. Al is toepasselijkheid van artikel 8 mogelijk het laatste dat hij wenste of

beoogde, de opneming van het werk in de aanvraag zonder vermelding van enig natuurlijk persoon als maker moet aan hem worden toegerekend en de daaraan verbonden rechtsgevolgen treden in beginsel in (zie echter hieronder, aangaande de aard van het werk). Dat sluit niet uit dat een aanvrager onder omstandigheden degene kan aanspreken die de aanvraag voor hem verzorgd heeft, zeker als deze wist of had moeten weten dat de aanvrager het auteursrecht op het in de aanvraag opgenomen werk wenste te behouden.

6.5.4 Citeren uit werk van derden: pas als het werk openbaar gemaakt is

Als in de octrooiaanvraag geciteerd wordt uit werken van derden, kan voorts van belang zijn de eis van art. 15a, lid 1 sub (1), dat het werk waaruit geciteerd wordt rechtmatig openbaar gemaakt is.

Het gerechtshof te Den Haag interpreteerde die eis in 2003 in de meest strikte zin, te weten dat het citaatrecht niet gold voor manuscripten of voor werken voor een beperkt publiek, maar alleen voor werken (in druk) die tot het gehele publiek gericht zijn.⁴⁴ Hoewel voor die uitleg argumenten uit het verdragsrecht en de wetsgeschiedenis te putten zijn, voert zij tot een maatschappelijk nauwelijks te verdedigen beperking van de mogelijkheid om te citeren. Het arrest van het Hof zelf illustreert dat: in het genoemde geval zocht het hof een uitweg door met een beroep op het grondrecht van informatievrijheid in art. 10 EVRM art. 15a Aw te overrulen.

Een zo strikte en beperkende uitleg van art. 15a lijkt echter lijkt echter niet nodig. Ten eerste vereist een eigentijdse rechtstoepassing dat ook art. 15a zelf en de daar gestelde voorwaarden uitgelegd worden in het licht van de informatievrijheid.

Ten tweede ontstaan systematische incongruenties met andere bepalingen in de Auteurswet, onder meer de artikelen 8 en 12, lid 1 sub 2. Als bijvoorbeeld een

openbaarmaking aan “een bepaalde kring van personen” volstaat voor het rechtsgevolg van art. 8, waarom zou dan niet uit die notulen geciteerd mogen worden, iets dat algemeen gebruikelijk is en als vanzelfsprekend geldt?⁴⁵

Recentelijk besliste het Hof van Justitie in de zaak *Eva-Maria Painer*⁴⁶ dat het equivalente begrip “mise à la disposition du public” in art. 5, lid 3 sub d van de auteursrechtlijn 2001/29 verstaan moet worden als het toegankelijk maken van het werk voor het publiek. Op het eerste gezicht bevestigt de uitspraak de benadering van het Haagse hof. Dat in specifieke gevallen een ruimere uitleg van dit voor het publiek toegankelijk maken mogelijk blijft, is daarmee echter nog niet uitgesloten, en mag vooralsnog ook niet worden uitgesloten met het oog op de informatievrijheid. Het HvJ EU heeft immers ook overwogen, zowel in het reeds aangehaalde arrest *Painer* als in

⁴⁴ Hof's Gravenhage 4 september 2003, *Scientology/Karin Spink en service providers*, AMI 2003, p. 217-223 noot Hugenholtz; IER 2003, nr 69, p. 352-359 noot FWG; BIE 2004, nr 57, p. 394-403, noot Quaadvlieg.

⁴⁵ Het punt is niet onbelangrijk maar leidt ver weg van de hoofdtekst. Daarom wordt het uitgewerkt in een voetnoot. Hiervoor kwamen de bepalingen van de artikelen 8 en 12, lid 1 sub 2 aan de orde in verband met de aanvraag zelf. Nu komen ze aan de orde in verband met werken van derden, die de aanvrager in de aanvraag wil citeren. Wij zagen hiervoor dat krachtens art. 8 Aw een rechtspersoon die een werk als van haar afkomstig openbaar maakt zonder de naam van de natuurlijke maker als auteur te noemen, als maker geldt. Voor het intreden van dat rechtsgevolg achtte het Amsterdamse Hof voldoende de openbaarmaking aan “een bepaalde kring van personen”. Meer kan ook nauwelijks geëist worden: notulen van een vereniging worden zelden op grote schaal verspreid maar lijken toch een typische kandidaat voor een makerschap ex art. 8. Maar als een openbaarmaking aan “een bepaalde kring van personen” volstaat voor het rechtsgevolg van art. 8, waarom zou dan niet uit die notulen geciteerd mogen worden, iets dat algemeen gebruikelijk is en als vanzelfsprekend geldt? Hetzelfde geldt ten aanzien van het eveneens hiervoor behandelde, persoonlijkheidsrechtelijk gekleurde verbreidingsrecht van art. 12, lid 1 sub 2. Ook hier luidt de wet formeel dat dit verbreidingsrecht pas eindigt als het werk in druk verschenen is. Maar de ratio van de bepaling is deze, dat het werk de ‘phase intime’ van de auteur verlaten moet hebben, en dat kan evident ook onder andere omstandigheden het geval zijn, bijvoorbeeld als de voornoemde notulen worden vastgesteld door het bestuur van de vereniging. Systematisch beschouwd is het vreemd als niet uit een werk geciteerd zou mogen worden, terwijl het de ‘phase intime’ van de auteur verlaten heeft, vooral nu art. 15a met de eis dat het werk rechtmatig openbaar gemaakt is vermoedelijk juist dit persoonlijkheidsbelang wil dienen.

⁴⁶ HvJ EU 1 december 2011 *Painer/Standard Verlags GmbH*, zaak C-145/10, rov 124-128. AMI 2012, nr 6 p. 66, noot M.M.M. van Eechoud; IER 2012, nr 16 p 143 noten SJ Schaafsma en PGFA Geerts; Mf 2012, nr 8 p. 100 noot Vivien Rorsch.

Premier League⁴⁷, dat hoewel uitzonderingsbepalingen eng moeten worden geïnterpreteerd, bij de uitleg hun nuttige werking en doel moeten worden geëerbiedigd.⁴⁸

Wij keren terug tot het probleem van het citeren van werken van derden in de octrooiaanvraag. Ons inziens moeten werken van derden die de *phase intime* verlaten hebben in een octrooiaanvraag geciteerd kunnen worden. De eis dat werken voor het algemene publiek openbaar zijn gemaakt mag daar niet aan in de weg staan, en staat daar niet aan in de weg bij een moderne en rationele uitleg.

6.6 Octrooi-instantie “als de maker van dat werk aangemerkt”.

6.6.1 Tijdstip van ontstaan van het recht bij de octrooi-instantie

Het Nederlands auteursrecht kent twee fictieve makers: de werkgever van iemand die krachtens dienstbetrekking een werk maakt (artikel 7), en de instelling of vennootschap die als van haar afkomstig openbaar maakt (artikel 8).

Anders dan artikel 7 vestigt artikel 8 geen originair auteursrecht maar bewerkstelligt het veeleer een wettelijke overgang. Immers, vóór de openbaarmaking behoorden de rechten aan de individuele auteurs; eerst *met* de openbaarmaking ontstaat het fictief makerschap.⁴⁹ Dit is een belangrijk verschil met artikel 7 Aw, dat overigens niet zelden over het hoofd wordt gezien.

De vraag zou toch nog kunnen rijzen of artikel 8 in bepaalde gevallen reeds vanaf het ontstaan van het auteursrecht de allocatie bij de fictieve auteur regeert,

bijvoorbeeld wanneer een openbaarmaking onder de omstandigheden en met de rechtsgevolgen van artikel 8 voorzienbaar en door partijen beoogd is. Dogmatisch zitten daar echter bezwaren van enige omvang aan vast, zoals de vraag wat in die situatie rechtens moet gelden ten aanzien van beschikkingshandelingen door de eigenlijke maker die vóór de openbaarmaking door de instelling hebben plaatsgevonden ten aanzien van derden te goeder trouw. Als uitgangspunt ware daarom uit te gaan van een rechtsvergang die eerst bij openbaarmaking plaatsvindt.

6.6.2 Persoonlijksrechten

De persoonlijkheidsrechten van de auteur zijn hoofdzakelijk neergelegd in artikel 25 Aw en omvatten onder meer het recht op naamsvermelding en het recht om zich te verzetten tegen wijziging en aantasting van het werk.

Artikel 25 Aw luidt:

1. De maker van een werk heeft, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten:

a. het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam of andere aanduiding als maker, tenzij het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;

b. het recht zich te verzetten tegen de openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker, voor zover deze op of in het werk voorkomen, dan wel in verband daarmee zijn openbaar gemaakt;

c. het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;

d. het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.

2. De in het eerste lid genoemde rechten komen, na het overlijden van de maker tot aan het vervallen van

47 HvJEU (Grote kamer) 4 oktober 2011, gevoegde zaken C 403/08 en C 429/08, Premier League, NJ 2012,164, noot P.B. Hugenholtz; AMI 2012, nr 1 p. 13-24, noot F.W. Grosheide; Computerrecht 2012/10, noot Sophie van Loon p. 73-75; Markt en Mededinging 2011 p. 243, noot PJ Kreijger. Zie ook Pepijn van Ginneken en Remy Chavannes in *Mediaforum* 2011, p. 329-333.

48 Painer, rov 132-133; Premier League, rov 162-164.

49 Vgl Rb Rotterdam 20 december 2006, LJN: AZ6563, waarin een bewijsopdracht wordt verstrekt mbt het *moment* vanaf welk de eiser rechthebbende ex artikel 8 is.

het auteursrecht, toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezen.

3. Van het recht, in het eerste lid, onder a genoemd kan afstand worden gedaan. Van de rechten onder b en c genoemd kan afstand worden gedaan voor zover het wijzigingen in het werk of in de benaming daarvan betreft.

4. Heeft de maker van het werk het auteursrecht overgedragen dan blijft hij bevoegd in het werk zodanige wijzigingen aan te brengen als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaan. Zolang het auteursrecht voortduurt komt gelijke bevoegdheid toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezen, als redelijkerwijs aannemelijk is, dat ook de maker die wijzigingen zou hebben goedgekeurd.

De Auteurswet verbindt de uitoefening van de persoonlijkheidsrechten, inclusief het naamsvermeldingsrecht, aan de redelijkheid. Art. 25 noemt het naamsvermeldingsrecht, maar niet de plicht tot bronvermelding. Bij citaten is bronvermelding “op duidelijke wijze” echter verplicht ex art. 15a, lid 1(4^e) Aw, betreffende het citaatrecht (dat refereert aan “de bron, waaronder de naam van de maker”). Deze bron- en naamsvermeldingsplicht geldt echter slechts voorzover dit “redelijkerwijs mogelijk” is. Dat wil zeggen, dat bij aanhalingen uit aanvragen de naamsvermeldingsplicht vervalt indien niet uit de aanvraag (of anderszins) kenbaar is wie de aanvraag gemaakt hebben. Hetzelfde geldt voor andere werken waaruit wordt aangehaald. De bron zal echter veelal vermeld kunnen worden.

Men kan zich niet gauw een situatie voor de geest kan halen waarin iemand belang zou hebben bij de handhaving van persoonlijkheidsrechten op een octrooi-aanvraag. Octrooiaanvragen vormen een atypische werkcategorie. Toch is het nuttig de volgende kanttekeningen te maken.

Hoewel er geen sprake is van unanimiteit, zijn er de nodige rechterlijke uitspraken die uit het feit, dat *artikel 7* niet volstaat met de exploitatierechten aan de werkgever toe te kennen, maar deze als maker aanmerkt, afleiden dat aan de werkgever ook de persoonlijkheidsrechten toekomen. Daaruit wordt

dan soms weer afgeleid dat ook *artikel 8* in die zin gelezen zou moeten worden. De leidende jurisprudentie gaat daar echter niet in mee. Het Hof Amsterdam heeft tot twee keer toe in principieel geformuleerde uitspraken bepaald dat toekenning van het persoonlijkheidsrecht aan de fictieve maker niet verenigbaar is te achten met het wettelijk systeem.⁵⁰

Het standpunt van het Amsterdamse Hof is hoogstwaarschijnlijk juist. Vrijwel algemeen wordt uitgegaan van de principiële onoverdraagbaarheid van het persoonlijkheidsrecht.⁵¹ Een wettelijke overdracht van het persoonlijkheidsrecht nadat het auteursrecht reeds bij de werkelijke maker is ontstaan lijkt aan dezelfde principiële beperking onderworpen te moeten zijn. Zoals hiervoor betoogd, menen wij dat te vaak onderbelicht is gebleven dat, anders dan in het geval van art. 7 Aw, bij art. 8 het fictieve makerschap pas ontstaat na de openbaarmaking, waardoor art. 8 geen originair fictief makerschap vestigt maar veeleer een wettelijke overgang van het auteursrecht bewerkstelligt.

Van persoonlijkheidsrechten kan wel afstand worden gedaan. Dat het tot nog toe nooit gebruikelijk is geweest dat persoonlijkheidsrechten ten aanzien van octrooi aanvragen werden ingeroepen, kan duiden op een stilzwijgende afstand van die rechten, of zelfs een gewoonte van die strekking. Ook als geen sprake is van een volledige afstand kunnen persoonlijkheidsrechten op tal van gronden gerelativeerd worden op grond van de verhouding tussen partijen.⁵²

50 Hof Amsterdam 31 juli 2003, Tariverdi/Stadsomroep, AMI 2004, nr 2 p 25 nt Seignette; IER 2004, nr 43 p. 202 nt EHH; Hof Amsterdam 10 februari 1970, Bezige Bij/Rijkspostspaarbank (“De Vervalers”). Zie ook L Heslenfeld en C Mastenbroek, Artikel 8 Auteurswet: van ondergeschoven kindje tot zorgkindje, IER 2004, p 193.

51 Zie echter Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3^e druk p. 355, die hierbij – door mij niet gedeelde – twijfels plaatsen.

52 AA Quaadvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, Tjeenk Willink, Zwolle 1992; JJC Kabel en AA Quaadvlieg, *Moral Rights*, in: Bernt Hugenholtz, Antoon Quaadvlieg, Dirk Visser, *A Century of Dutch Copyright Law. Auteurswet 1912-2012.*, Amsterdam: deLex 2012.

6.6.3 Artikel 8 en de aanvragende rechtspersoon

Hijmans⁵³ lijkt te suggereren dat artikel 8 kan meebrengen dat de rechten op de aanvraag toevallen aan de aanvragende rechtspersoon. Voor zover wij het hebben over een aanvraag die wordt openbaar gemaakt middels de door de wet voorgeschreven publicatie, meen ik dat deze benadering niet opgaat, alleen al omdat het in dat geval niet de betreffende aanvragende rechtspersoon is, die openbaar maakt, maar de octrooi-instantie krachtens haar publieke taak.

6.7 Conclusie artikel 8

Uit het bovenstaande volgt dat er rekening mee moet worden gehouden dat een octrooiaanvraag die door een octrooi-instantie als openbare instelling wordt gepubliceerd, voldoet aan de voorwaarden van artikel 8. De openbare instelling maakt het werk als van haar afkomstig openbaar, zij vermeldt geen natuurlijk persoon als maker en de openbaarmaking onder de

genoemde omstandigheden is niet onrechtmatig. Ook Croon⁵⁴ en Hirsch Ballin⁵⁵ gingen eerder uit van toepasselijkheid van artikel 8.

Voor zover de octrooiaanvraag werken van derden bevat die niet hun toestemming hebben gegeven, terwijl evenmin een beroep kan worden gedaan op een wettelijke uitzondering zoals het citaatrecht, is de openbaarmaking wel onrechtmatig. De rechtsgevolgen daarvan strekken zich mijns inziens slechts uit tot de onrechtmatig gepubliceerde gedeelten, niet tot de aanvraag als geheel.

De situatie van de openbaarmaking van de octrooiaanvraag lijkt in zoverre “op de buik van” art. 8 geschreven, dat het in hoge mate efficiënt is als de auteursrechten die zich mogelijk verspreid in de handen van diverse individuele makers bevinden doch voor dezen geen zelfstandige waarde hebben, geconcentreerd worden in één hand.

⁵³ Mr Ir D. Hijmans, Het auteursrecht op Nederlandse octrooischriften en octrooiaanvragen, NJB 1964, p. 280-289, ad 284.

⁵⁴ C. Croon, *in*: HL Pinner (ed), World Copyright, AW Sijthoff Leiden 1957, Vol III p. 418 (Patent Applications /Netherlands)

⁵⁵ ED Hirsch Ballin, Staatskopijregt – heden, NJB 1965, p. 312-318, ad p 316/317

7. Verval of voorbehoud van auteursrecht? Artikel 15b Aw

7.1 Inleiding. Artikel 8 jo. 15b Aw

Krachtens artikel 15b Aw wordt niet als inbreuk op het auteursrecht beschouwd de verveelvoudiging en openbaarmaking van werken waarvan de openbare macht rechthebbende is en die door haar worden openbaar gemaakt, tenzij het auteursrecht is voorbehouden. Uiteraard kan de openbare macht rechthebbende op het werk zijn onder meer op grond van het hierboven besproken artikel 8.⁵⁶

Het verwerven van het auteursrecht door de octrooiinstantie heeft dus het enigszins paradoxale gevolg dat deze verwerving het auteursrecht goeddeels opheft. Artikel 15b Aw bepaalt namelijk dat verdere openbaarmaking of verveelvoudiging van een door de openbare macht openbaar gemaakt werk niet als inbreuk op het auteursrecht wordt beschouwd, tenzij een uitdrukkelijk voorbehoud wordt gemaakt. Uitgangspunt is dus dat de uitoefening van het exploitatierecht op ‘overheidspublicaties’ tot (in wezen) nul wordt beperkt.

7.2 Ratio van artikel 15b: zo ruim mogelijke bekendheid

Snijder van Wissenkerke verschaft een kernachtige omschrijving van de ratio van (art 11 oud als voorganger van art 11 nieuw alsmede) art 15b Aw, daarin bestaande, ten eerste, dat het algemeen belang van de Staat en het publiek zo algemeen mogelijke bekendheid van de daar bedoelde uitgaven eist; ten tweede, dat geen compromis met het auteursbelang nodig is omdat het de plicht en het belang van de Staat als auteur is om het publiek belang te behartigen.⁵⁷ Late-re auteurs stemmen hier met eigen variaties mee in:

vgl Verkade/Spoor/Visser, die wijzen op de democratische eis, die meebrengt dat werken als hier bedoeld zonder (verdere) overheidsbemoediging zo ruim mogelijk verspreid kunnen worden, en met name geen voorwerp kunnen zijn van geheimhouding door diezelfde overheid, of voorwerp van selectieve openbaarmaking.⁵⁸

De ratio van artikel 15b sluit aldus goed aan bij de strekking van de octrooiwet, om technische kennis toegankelijk te maken voor het publiek.

7.3 Vijf bestanddelen van artikel 15b

Vijf aspecten van artikel 15b worden uitgelicht:

Artikel 15b

- Als inbreuk op het auteursrecht op een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt [1] werk van letterkunde, wetenschap of kunst,
- waarvan de openbare macht de maker of rechtverkrijgende is [2],
- wordt niet beschouwd verdere openbaarmaking of verveelvoudiging daarvan [3],
- tenzij het auteursrecht, hetzij in het algemeen bij wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan uitdrukkelijk is voorbehouden. [4]
- Ook als een zodanig voorbehoud niet is gemaakt, behoudt de maker echter het uitsluitend recht,

⁵⁶ S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Gouda Quint Arnhem 1988, p. 230 aant. [5] bij art. 15b.

⁵⁷ Tap, p 185.

⁵⁸ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Kluwer Deventer 3^e druk 2005 nr 3.58 p 137.

zijn werken, die door of vanwege de openbare macht zijn openbaar gemaakt, in een bundel verenigd te doen verschijnen. [5]

7.4 Door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk

7.4.1 Openbare macht

Het begrip “openbare macht” in art. 15b is niet eenvoudig, met name in het licht van de bankbiljetten-beslissing van 1968,⁵⁹ waarin de Hoge raad besliste dat “de medewerking aan een deel van de taak van de overheid op zichzelf echter nog niet hoeft te betekenen dat degenen die daarmee zijn belast, deel uitmaken van, of optreden vanwege, de openbare macht in de zin van art. 11 van de auteurswet 1912”, weshalve de Nederlandsche Bank “in het algemeen” niet als deel uitmakende van de openbare macht kon worden beschouwd. De PTT werd in 1987 wel als zodanig aangemerkt.⁶⁰ Wij vermoeden dat hetzelfde mag gelden voor octrooi-instanties.

7.4.2 Openbaar maken

Zoals boven al aangegeven worden octrooiaanvragen na uiterlijk 18 maanden door de bevoegde autoriteit gepubliceerd (art 31 jo. 19 Row, art. 93 EOV, art. 21 PCT). De aanvragen zijn dan online raadpleegbaar en moeten gelden als een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk van letterkunde, wetenschap of kunst. Dezelfde openbaarmaking die ex artikel 8 het recht bij de octrooi-instantie als openbare instelling neerlegt, waardoor het rechthebbende wordt, doet dat recht dus ex art 15b in een ondeelbaar moment na de verkrijging door de instelling grotendeels ‘verdampen’ als gevolg van hetzelfde feit, te weten dat het werk door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt is. Tenzij er een voorbehoud wordt gemaakt – zie hieronder, E.

59 HR 14 juni 1968, NJ 276, Nederlandsche Bank/C&A.

60 HR 29 mei 1987, Struycken en Unger/Riet, NJ 1003, nt LWH; AMI 1987, p. 105 nt DWFV.

7.5 Waarvan de openbare macht maker of rechtverkrijgende is

7.5.1 Toevoeging in 2006

De eis dat, wil artikel 15b toepasselijk zijn, de openbare macht maker of rechthebbende moet zijn van de betreffende werken is eerst in 2006 in de wet opgenomen.⁶¹

Voor 2006 bestond het risico dat het auteursrecht van derden als het ware onteigend werd als openbaarmaking op de voet van artikel 15b geschiedde zonder dat een voorbehoud werd gemaakt.⁶² In het licht van het voornemen om steeds meer materiaal langs elektronische weg voor de burger beschikbaar te maken vond de wetgever dit risico niet langer verantwoord.⁶³

De wijziging brengt mee dat het rechtsgevolg van 15b nu niet meer kan intreden ten aanzien van werken waarvan de overheid niet het auteursrecht bezit, maar laat onverlet dat als derden te goeder trouw afgaan op de schijn die gewekt wordt door de publicatie door de openbare macht zonder voorbehoud, dit mogelijk aansprakelijkheden meebrengt, waarover verder hieronder.

61 Wet implementatie richtlijn inzake hergebruik van overheidsinformatie van 22 december 2005, Stb 2006, 25. Zie ook: M. Reinsma, Wijziging artikel 15b Aw: de angel eruit?, AMI 2006, p 119-122, alsmede de daar geciteerde (online gepubliceerde) commentaren van DJG Visser; MMM van Eechoud: Vreemde bedgenoten: de Wob en de Richtlijn hergebruik overheidsinformatie, Mediaforum 2005, p 291; DJG Visser, Reactie. Beperking art. 15b Aw juist wel een goed idee, Mediaforum 2005, p 332.

62 Zie het geval waarin de makers van een zonder voorbehoud gepubliceerde postzegel zich gedwongen zagen om namaak via het (wel bij hen verbleven) persoonlijkheidsrecht aan de kaak te stellen: HR 29 mei 1987, NJ 1003, noot LWH, AMI 1987, 105 noot DWF Verkade, Struycken en Unger/Riet. Zie ook de in voorgaande voetnoot geciteerde literatuur.

63 Memorie van Toelichting wetsvoorstel implementatie richtlijn hergebruik van overheidsinformatie, TK 2004–2005, 30 188, nr. 3, p. 7; met verwijzing naar M. Reinsma & H. van der Sluijs, *Naar ruimere openbaarheid en een vrij gebruik van bestuurlijke informatie*, rapport in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Directie Informatiebeleid Openbare Sector, december 2002.

7.5.2 Recapitulatie artikel 8

De mogelijkheid van rechtsverkrijging door de openbare macht ex artikel 8 Aw hebben wij hiervoor onder 5 als niet denkbeeldig aangemerkt. Andere vormen van rechtsverkrijging zijn niet aan de orde.

Het auteursrecht dat ex artikel 8 toevalt aan de openbare instelling strekt zich slechts uit over datgene wat de instelling rechtmatig als van haar afkomstig en zonder het vermelden van de naam van de werkelijk auteur openbaar *mag* maken. Dat geldt voor werken van de direct bij de aanvraag betrokkenen, diegenen die werken hebben aangeleverd met het oog op de octrooiaanvraag en diegenen die hun – aangaande het rechtsgevolg van art. 8 – geïnformeerde toestemming hebben gegeven voor opname van hun werk in de octrooiaanvraag.

In de octrooiaanvraag geciteerde auteursrechtelijk beschermde werken van derden die daarvoor geen geïnformeerde toestemming gaven mag de openbare macht niet als van haar afkomstig en zonder naamsvermelding openbaar maken, en doet zij het wel, dan is die openbaarmaking voor de toepassing van art. 8 onrechtmatig. Dan treedt het rechtsgevolg van artikel 8 niet in: de instelling geldt noch als maker, noch als rechtverkrijgende – al ligt het op de weg van de rechthebbers, om de onrechtmatigheid van de openbaarmaking aan te tonen.

Waar in een octrooiaanvraag (gedeelten van) werken worden overgenomen van derden, bijvoorbeeld door overname van tekeningen of tekstfragmenten, en deze derden hun toestemming niet hebben gegeven, kan dit geoorloofd zijn op grond van het citaatrecht. Uiteraard dient dan voldaan te worden aan de aan het citaatartikel 15a verbonden voorwaarden, in het bijzonder ook dat de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld.

Zolang de in het hoofdwerk geciteerde werken van derden voldoen aan de regels voor rechtmatig citeren, wordt wel de naam van de natuurlijke persoon van de maker genoemd. Artikel 8 kan reeds op die grond geen toepassing meer vinden op die werken; los daarvan is uit het citeren al zichtbaar dat het fragmenten

betreft waar de instelling geen eigen auteursrecht op claimt.

7.5.3 Verhoogd risico bij art 15b. Naamsvermelding en © symbool.

Waar, zoals bij octrooiaanvragen, artikel 15b cumuleert met artikel 8 is nog meer zorgvuldigheid geboden ten aanzien van de inachtneming van de voorwaarden voor rechtmatig citeren – waarmee (opnieuw) bedoeld wordt op het inhoudelijk citeren van auteursrechtelijk beschermde tekst of tekeningen, niet het enkel verwijzen door het aangeven van een vindplaats of aanvraagnummer. Artikel 15b brengt immers – behoudens voorbehoud, dat bij octrooiaanvragen evenwel niet (meer) gemaakt pleegt te worden – mee dat verdere openbaarmaking of verveelvoudiging van een door de openbare macht openbaar gemaakt werk niet als inbreuk op het auteursrecht wordt beschouwd. Dat betekent in feite ‘verval’ van het exploitatierecht.

Als in de aanvraag bijvoorbeeld een tekening van een derde wordt overgenomen doch er zorg voor wordt gedragen dat behoorlijk – met naam- en bronvermelding – wordt geciteerd, is mijns inziens noch artikel 8 van toepassing (zie boven), noch ook artikel 15b, omdat deze naam- en bronvermelding in feite een voorbehoud van auteursrecht, zij het ten behoeve van de derde-rechthebbende, opleveren. Vergelijk ook, naar Duits recht:

“Werden private Werke in nach § 5 schutzlosen amtlichen Werken **zitiert**, wie zB Auszüge aus einem rechtswissenschaftlichen Schriftwerk in einer gerichtlichen Entscheidung, und wird dabei das Zitat als solches kenntlich gemacht, so verlieren die zitierten Passagen nicht den urheberrechtlichen Schutz; sie dürfen von dritten ohne Zustimmung des Urhebers nur wiederum als Zitate (§ 51) bzw. im Rahmen der sonstigen gesetzlichen Schranken des Urheberrechts (§§ 45ff.; s. dazu *Arnold* S. 133f.) oder aber als Teil des zitierenden, nach § 5 schutzlosen amtlichen Werkes verwertet werden (...)”⁶⁴

⁶⁴ Katzenberger, in Schrickler/Loewenheim, *Urheberrecht Kommentar*, 4. Auflage Verlag C.H. Beck München 2010, § 5, p. 215 rdnr 37.

Ook als eigen werk of werk van bij de octrooiaanvraag betrokkenen in de aanvraag wordt opgenomen, is het dienstig om door vermelding van de naam van de auteur van dit fragment aan te duiden dat het om een citaat gaat. Bij de behandeling van artikel 8 is hier al op gewezen. Door de citaatvorm wordt voorkomen dat het geciteerde werk het lot deelt van de octrooiaanvraag als geheel: de gecombineerde rechtsgevolgen van de artikelen 8 en 15b treden niet in voor het geciteerde werk.

Al vrijwaart de citaatvermelding het geciteerde werk voor het gecombineerde rechtsgevolg van de artikelen 8 en 15b, toch is denkbaar dat dit rechtsgevolg de geciteerde gedeelten niet *geheel* onberoerd laat. De octrooiaanvraag is immers één samenhangend geheel. Nu het geciteerde werk daar – in citaatvorm – deel van uitmaakt, moet mogelijk worden aangenomen dat het *als* binnen de octrooiaanvraag geciteerd werk zich niet helemaal aan de strekking van artikel 8 kan onttrekken. Die doorwerking van het rechtsgevolg kan met name betreffen het gebruik *als* citaat *binnen* de context van de octrooiaanvraag zelf of een aanhaling daarvan. Men denke aan het geval dat iemand per se een technische illustratie wil overnemen in een prachtig plaatwerk, maar daar geen toestemming van de auteur voor krijgt, terwijl twijfelachtig is of de overname gerechtvaardigd kan worden door het citaatrecht. Niet uitgesloten is dat die overname wel geoorloofd zou zijn, als de overnemer zich het offer getroost de octrooiaanvraag over te nemen waarin de illustratie (tevens) is opgenomen, om aldus via een omweg een wel haalbaar beroep te doen op art. 8 jo. 15b. Toegegeven is dat dit wellicht een wat ver gezocht geval is.

7.5.4 Overnamen uit andere octrooi aanvragen

Wordt inhoudelijk overgenomen uit andere octrooiaanvragen, dan is dat geoorloofd indien art. 15b (of art. 11) Aw op die aanvraag van toepassing zijn. Bronvermelding is op grond van art. 25 Aw wel op zijn plaats, al is het de vraag of de rechthebbenden dit recht zullen handhaven.

Zijn in de octrooi-aanvraag waaruit wordt overgenomen werken van derden geciteerd, dan gelden ten

aanzien daarvan echter de eisen die hierboven onder c) zijn geschetst. Dat geldt voor de *exploitatierechten*. De *persoonlijkheidsrechten*, waaronder het naamsvermeldingsrecht, dienen in beginsel geëerbiedigd te worden. Dit wordt hieronder bij 3) nader toegelicht. Voor naamsvermelding stelt de wet echter de voorwaarde dat dit redelijkerwijs mogelijk moet zijn. Nu de octrooiaanvraag de naam van de werkelijke makers niet vermeldt, lijkt dit in de praktijk ertoe te moeten voeren dat het naamsvermeldingsrecht een dode letter zal blijven.

7.5.5 Toerekenbaar gewekte schijn van toepasselijkheid van artikel 15b

Als in de aanvraag tekst of een tekening van een derde wordt overgenomen zonder dat behoorlijk – met naam- en bronvermelding – wordt geciteerd, zullen derden ervan uitgaan dat verdere openbaarmaking of veeleenvoudiging op grond van artikel 15b geoorloofd zijn, zodat het auteursrecht van die derde ‘vogelvrij’ is geworden.

Naar mijn mening treedt technisch gesproken het rechtsgevolg van artikel 15b niet in, want aan de voorwaarde dat de openbare macht maker of rechthebbende van het werk moet zijn, is niet voldaan. Zij kan immers alleen maar rechthebbende zijn via artikel 8 en dit artikel mist toepassing nu de openbaarmaking onder de genoemde omstandigheden niet rechtmatig was.

Alleszins denkbaar is echter dat partijen die, afgaand op artikel 15b, het werk van de derde hebben veeleenvoudigd en/of openbaar gemaakt, wanneer zij door die derde worden aangesproken, zich zullen beroepen op de door de openbaarmaking vanwege de openbare macht toerekenbaar gewekte schijn dat het artikel wel van toepassing is. Uiteindelijk is de bron van de octrooiaanvraag – derhalve, de octrooigemachtigde of de aanvrager, of beiden – daarvoor aansprakelijk. Hij die citeert moet immers geacht worden de wet te kennen en zich – bij het opstellen van een voor openbaarmaking bestemd stuk – te houden aan de regels voor een geldig citaat.

Om het ontstaan van een dergelijke aansprakelijkheid te vermijden zou de naamsvermelding vergezeld

moeten gaan van bijzondere zorg. Wellicht verdient het zelfs de voorkeur, dat naamsvermelding als auteur *en* als rechthebbende geschiedt. Juridisch gesproken betreft het immers twee kwaliteiten die niet noodzakelijk samenvallen. In de praktijk wordt de rechthebbende adequaat aangeduid door toevoeging van het © symbooltje.

Het gecombineerde mechanisme van de artt. 8 en 15b blijft dan voor het overige in stand. Dat betekent dat openbaarmaking en verveelvoudiging verder geoorloofd zijn, mits met inbegrip van de in de aanvraag opgenomen naams- en bronvermeldingen, waardoor de rechten van de derde-auteur worden ‘gehandhaafd’, dat wil zeggen gevrijwaard blijven van het mechanisme van de artt. 8 en 15b.

7.6 “Verval van het exploitatierecht”; betekenis persoonlijkheidsrecht

7.6.1 Beperking van het recht van openbaarmaking of verveelvoudiging

Het rechtsgevolg van artikel 15b is dat als inbreuk op het auteursrecht niet wordt beschouwd verdere openbaarmaking of verveelvoudiging van het werk. Technisch gesproken bepaalt de wet dus niet dat er op dergelijke werken geen auteursrecht (meer) rust, doch worden slechts de exploitatierechten beperkt. Hieronder spreken wij korthedshalve wel van ‘verval van het exploitatierecht’, maar dit is dus niet de kwalificatie van de wet.

7.6.2 Tot 1972: er bestaat geen auteursrecht

Dit was anders onder de voorloper van artikel 15b, artikel 11, 2^e lid (oud). Dit artikel bepaalde:

artikel 11, 2^e lid (oud)

“Evenmin bestaat auteursrecht op hetgeen verder door of vanwege de openbare macht is openbaar gemaakt, tenzij dat recht, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan, voorbehouden is.”

7.6.3 Reden van de wijziging

De wijziging van de tekst en de verplaatsing van de bepaling naar artikel 15b vloeien voort uit de aanpassing van de wet aan de Berner Conventie in 1985.⁶⁵ Artikel 2bis BC was zodanig gewijzigd dat het daarin opgenomen recht van de auteur, zijn werken in een verzameling bijeen te brengen, zich voortaan ook zou uitstrekken over de in lid 1 van hetzelfde artikel genoemde politieke redevoeringen en in rechtszaken uitgesproken redevoeringen, ongeacht het recht van de Unielanden, deze redevoeringen uit te sluiten van de bescherming “bedoeld in het vorige artikel”, dat wil zeggen de in art. 2 BC gewaarborgde bescherming als werk. Met die toevoeging zou volgens de regering moeilijk zijn te rijmen dat er op die werken geheel geen auteursrecht meer zou bestaan.⁶⁶

7.6.4 Persoonlijkheidsrechten niet getroffen door artikel 15b

Mogelijk ten overvloede: wij spreken hier over de persoonlijkheidsrechten van de *opsteller(s)* van de aanvraag. Dat de persoonlijkheidsrechten in stand blijven van niet bij de aanvraag betrokken derden, wier werk in de aanvraag inhoudelijk wordt overgenomen, spreekt vanzelf.

Hierboven werd in de paragraaf aangaande art. 8 Aw al aangegeven dat de rechtspraak het vermoeden wettigt dat de persoonlijkheidsrechten bij de oorspronkelijke maker van de aanvraag verblijven.

Voorzover het persoonlijkheidsrecht ex art. 8 bij de oorspronkelijke maker in stand blijft, wordt dat resultaat door het mechanisme van art. 15b geëerbiedigd. Het rechtsgevolg van art. 15b is immers luidens de wettekst beperkt tot de exploitatierechten van openbaarmaking en verveelvoudiging, en hieronder valt *niet* het persoonlijkheidsrecht. De Hoge Raad heeft dit in 1987 bevestigd in het arrest Struycken/Unger, met betrekking tot de persoonlijkheidsrechten van de

⁶⁵ Wet van 27 oktober 1972 tot herziening van de Auteurswet, Stb 1972, 579.

⁶⁶ TK 1964-1965, 7877, nr.3, Memorie van Toelichting ad 15ter.

ontwerpers van (indertijd immers) door het Staatsbedrijf der PTT openbaar gemaakte postzegels.⁶⁷

Ongeacht genoemd ‘verval’ van de exploitatierechten blijft het persoonlijkheidsrecht van art. 25 Aw dus in stand, met inbegrip van het naamsvermeldingsrecht.

7.7 “Tenzij het auteursrecht uitdrukkelijk is voorbehouden”

7.7.1 Het historisch voorbehoud en zijn ratio

Het auteursrecht op door de openbare macht openbaar gemaakte werken kan krachtens het slot van de bepaling worden voorbehouden, in welk geval de exploitatierechten niet vervallen.

Van 15 oktober 1913⁶⁸ tot 15 januari 1965⁶⁹ werd het auteursrecht op octrooischriften (niet op ter inzage gelegde aanvragen) door de Octrooiraad door een vermelding voorbehouden.⁷⁰ Daarbij stond een soort “crown copyright” voor ogen, ten behoeve van “het algemeen belang dat betrokken is bij een zodanige uitgifte van octrooischriften dat de juistheid van de inhoud en van de vermelde gegevens betreffende voorrang, dagtekening etc. is gegarandeerd.”⁷¹ Het was dus niet de bedoeling om exploitatierechten in commerciële zin uit te oefenen, en de Octrooiraad heeft dat bij mijn weten ook nooit gedaan.

Het maken van het voorbehoud berustte niet op enig wettelijk voorschrift. Hijmans voert het ontstaan van het voorbehoud terug op Snijder van Wissenkerke, die zowel voorzitter van de Octrooiraad was als auteur

van een in 1913 verschenen commentaar op de Auteurswet 1912.⁷²

7.7.2 “Auteursrecht voorbehouden” vs “auteursrecht scheppen”

Snijder van Wissenkerke was de eerste die art. 15b commentarieerde. Hij meende dat de openbare macht bevoegd is zich het auteursrecht op een door haar uit te geven werk “voor te behouden, of beter gezegd te scheppen.”⁷³ De bijstelling dat de overheid auteursrecht kan scheppen kan wellicht verbazing wekken, doch moet m.i. begrepen worden in het licht van de bewoordingen van het eertijdse art. 11, lid 2 Aw, luidend dat “geen auteursrecht bestaat” op door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakte werken. Het is uitsluitend tegen die grammaticale achtergrond van de wettekst, dat Snijder van Wissenkerke moet hebben vastgesteld dat het voorbehoud dit auteursrecht (kennelijk) “schept”. Blijkbaar is dit echter door latere schrijvers niet zo begrepen, waardoor deze opmerking een zelfstandig en nogal controversieel leven is gaan leiden, met name ook omdat de vraag of de overheid al dan niet de mogelijkheid had om auteursrecht “voor zich te scheppen” verbonden werd met de vraag, wie begunstigde werd van het auteursrechtvoorbehoud.

De vraag of de openbare macht auteursrecht werkelijk ‘voor zich’ in eigenlijke zin kan ‘scheppen’ is uitsluitend van belang als het gaat om werken die *niet* door het auteursrecht beschermd worden – hetgeen bij octrooiaanvragen en octrooischriften, benevens hun samenstellende onderdelen, vrijwel nooit het geval kan zijn – of als de openbare macht niet de maker of rechthebbende is. Die laatste vraag heeft het grootste deel van zijn belang verloren nu artikel 15b in zijn nieuwe vorm als voorwaarde voor toepasselijkheid juist dit stelt. Daar komt bij dat wij tot de bevestiging kwamen dat aan deze voorwaarde dikwijls voldaan zal zijn op grond van artikel 8 Aw. Blijft het geval van werken, waar auteursrecht van derden op rust, zonder dat dit blijkt uit een behoorlijke vorm

67 HR 29 mei 1987, Struycken en Unger/Riet, NJ 1003, nt LWH; AMI 1987, p. 105 nt DWFV.

68 Mr Ir D. Hijmans, Het auteursrecht op Nederlandse octrooischriften en octrooiaanvragen, NJB 1964, p. 280.

69 ED Hirsch Ballin, Staatskopijregt – heden, NJB 1965, p. 312.

70 Over het voorbehoud op octrooischriften o.m. CFJ Schriks, *Staatsauteursrecht*, Walburg Pers Zutphen 2010, p. 263-267.

71 Brief No 648 S. dd 29 maart 1963 van de Octrooiraad aan de Bond van Octrooi- en merkenhouders, weergegeven in het aangehaalde artikel van Hijmans, NJB 1964, p. 280; ED Hirsch Ballin, Staatskopijregt – heden, NJB 1965, p. 317.

72 FWJG Snijder van Wissenkerke, *Het auteursrecht in Nederland. Auteurswet 1912 en herziene Berner Conventie*, Gouda – GB van Goor Zonen, 1913.

73 Tap, p 187.

van bron- en naamsvermelding. Dan is artikel 8 niet van toepassing en kan inderdaad de vraag rijzen, of de overheid door het voorbehoud een auteursrecht voor zichzelf ‘schept’.

Gezien de samenhang van het ‘scheppings’ probleem met dat van de ‘begunstigde’ van het voorbehoud, zullen beide tezamen worden behandeld.

7.7.3 De begunstigde van het voorbehoud: overheid of auteur?

In de oudere literatuur is gediscussieerd ten behoeve van wie het voorbehoud gold: ten behoeve van de werkelijke maker, dan wel ten behoeve van de overheid.

SNIJDER VAN WISSENKERKE stelt aan de hand van het voorbeeld van de Handelingen der Staten-Generaal, dat het voorbehoud alleen betrekking heeft op hetgeen door een openbare macht is uitgegeven, en dat iedere redenaar het auteursrecht op (de uitgave van) de daarin opgenomen redevoeringen behoudt, al hebben beide uitgaven in zoverre dezelfde inhoud. Hij laat daarop volgen dat de openbare macht zich het auteursrecht op redevoeringen wel nooit *zal* voorbehouden, omdat het auteursrecht haar niet toekomt, en omdat een wet nodig zou zijn om de auteur het auteursrecht met terzijde stelling van de Auteurswet te ontnemen.⁷⁴

DE BEAUFORT stelde zich in 1932 op het standpunt dat het voorbehoud niets kan veranderen aan de volgens de Auteurswet geldende regels omtrent de vraag, wie van een bepaald werk de auteur is.⁷⁵ PFEFFER stelde dat door het voorbehoud “het auteursrecht ontstaat voor dengene aan wien het volgens algemene regels van auteursrecht toekomt.”⁷⁶ CROON sloot zich in 1946 bij deze auteurs aan – en citeert overigens ook Snijder van Wissenkerke ter ondersteuning.⁷⁷

HIJMANS meende echter wel dat de overheid al rechtsscheppend auteursrechten kon usurperen en stelde het voorbehoud in 1964 ter discussie. Hij neemt daarom nogal aanstoot aan Snijder van Wissenkerkes woorden, dat de openbare macht bevoegd is zich het auteursrecht op een door haar uit te geven werk “voor te behouden, of beter gezegd te scheppen.”⁷⁸ Smalend brengt Hijmans in het geding dat “het sindsdien niet aan weerleggingen van de argumentatie en de opvatting van Snijder van Wissenkerke heeft ontbroken”, daarbij twee bronnen over 50 jaar citerend. De voorstelling door Hijmans van de mening van Snijder van Wissenkerke is echter eenzijdig. De laatste auteur geeft immers wel degelijk aan dat, ongeacht of de openbare macht al dan niet het voorbehoud maakt, individuele auteurs het auteursrecht behouden op deze werken voorzover ze door henzelf worden uitgegeven, al verdiepte de geleerde auteur zich niet in de vraag hoe dit dubbele auteursrecht in de praktijk gestalte moest krijgen.⁷⁹

Hijmans wierp op, dat de Staat zich niet een auteursrecht kon voorbehouden dat zij niet bezat, en dat het voorbehoud van artikel 15b evenmin rechtsscheppend kon zijn.⁸⁰ De mogelijkheid dat op grond van artikel 8 de mogelijkheid bestond dat de auteursrechten aan de Staat toekomen zijn door deze auteur kennelijk over het hoofd gezien – hij refereert aan dit artikel slechts, waar het om de aanspraken van de aanvrager gaat (qua teneur stuurt Hijmans’ artikel maar op één ding aan: het auteursrecht behoort aan de octrooihouder of aan niemand). Behalve op het feit dat de Staat niet voor zichzelf auteursrechten kon scheppen, wees Hijmans op het gegeven dat de tekst van het octrooischrift meestal al eerder in min of meer overeenkomstige vorm en zonder vermelding van een voorbehoud van auteursrecht door de Octrooiraad was openbaar gemaakt als een ter inzage gelegde aanvraag, mitsdien, ex art. 15b, vrij van auteursrechten. Nu derhalve het auteursrecht bij de ter inzage legging in het vrije domein gevallen was, kon het niet bij de publicatie van het octrooischrift weer worden gevestigd.⁸¹

⁷⁴ Tap, p 186.

⁷⁵ HL De Beaufort, *Auteursrecht*, Tjeenk Willink Zwolle 1932, p 82.

⁷⁶ H Pfeffer, Kort Commentaar op de Auteurswet 1912, Haarlem 1940, geciteerd uit Hirsch Ballin 1965.

⁷⁷ Telders/Croon, *Nederlandsch Octrooirecht*, 2^e druk Martinus Nijhoff 's Gravenhage 1946, p. 288.

⁷⁸ Tap, p 187.

⁷⁹ Tap, p 186.

⁸⁰ Tap p 285 ev.

⁸¹ Tap p 289.

Deze bijdrage van Hijmans in NJB was de kennelijk aanleiding tot het afschaffen, kort daarna, van het auteursrechtvoorbehoud op octrooischriften. Op die afschaffing en op het betoog van Hijmans verscheen vervolgens een reactie van HIRSCH BALLIN in 1965. Deze auteur betoogde dat de overheid door het voorbehoud *eigen* auteursrecht aan zich hield⁸² in het algemeen belang, zonder andermans auteursrecht “te negeren of te laederen, laat staan te usurperen” met als toetssteen voor een en ander artikel 8.⁸³ (Kenniselijk) *buiten* het geval dat het auteursrecht aan een derde toebehoort kiest Hirsch Ballin, op. cit p. 315, op grond van wetshistorische interpretatie ervoor dat het voorbehoud auteursrecht ten bate van de overheid schept (en niet ten bate van de aanvrager, die door Hijmans werd ondersteund).

Alle schrijvers lijken in de grond van mening overeen te stemmen dat artikel 15b geen stilzwijgende overgang van rechten kan bewerkstelligen. De vraag, of zulks wellicht toch zou kunnen als de overheid op de voet van art. 15b openbaar maakt met medeweten en krachtens (stilzwijgende) toestemming van de maker en rechthebbende, wordt echter niet aan de orde gesteld.

Indien de hierboven voorgestelde visie op artikel 8 jo 15b juist is, zal in het algemeen de octrooi-instantie rechthebbende zijn. Als het voorbehoud opnieuw zou worden ingevoerd zouden daardoor mitsdien op de eerste plaats rechten worden voorbehouden voor de octrooi-instantie. Op geciteerde gedeelten blijven, voor derden kenbaar, de rechten van de oorspronkelijk rechthebbenden rusten: de naam- en bronvermelding moeten gelden als een voorbehoud ten behoeve van deze rechthebbenden. Staan er in de octrooiaanvraag onverhoopt fragmenten die ontleend zijn aan werken van derden zonder dat dit behoorlijk is aangegeven, dan zou het voorbehoud, zij het onkenbaar, voor hen het daarop rustende auteursrecht voorbehouden.

7.8 Behouden rechten: “bundelrecht” en persoonlijkheidsrecht

Voor het “bundelrecht” moge de wettekst voor zichzelf spreken. Duidelijk is, ook uit de aangehaalde Memorie van Toelichting en het verband met art. 2bis BC, dat de oorspronkelijke maker bedoeld is, en niet de sedert de wetwijziging van 2006 in artikel 15b als maker of rechthebbende aangeduide overheid.

De maker behoudt daarnaast het persoonlijkheidsrecht, zie hierboven, onder 7.6.

82 ED Hirsch Ballin, Staatskopijregt – heden, NJB 1965, p. 315.

83 Tap, p 316.

8. Is herinvoering van het voorbehoud door de octrooi-instantie gewenst?

Nu de bezwaren, op grond waarvan het voorbehoud in 1965 is geschrapt, mogelijk toen al op een misverstand beruisten en thans in ieder geval niet geldig (meer) zijn, kan de vraag rijzen of het weer zou moeten worden ingevoerd.

8.1 Ratio van het opnieuw invoeren van het voorbehoud

Het voorbehoud zou dan, als in dagen van weleer, niet dienen om de vrije verveelvoudiging en openbaarmaking van octrooiaanvragen of octrooischriften aan banden te leggen, maar juist om de vrije beschikbaarheid te verzekeren van de authentieke teksten. Een dergelijk ‘crown copyright’ ontmoette sympathie bij oudere schrijvers en mag om allerlei redenen best verdedigbaar zijn, doch deze figuur bestaat niet elders in het Nederlands auteursrecht, en het is maar zeer de vraag of de redenen om haar in te voeren voor octrooiaanvragen dwingend genoeg zijn om een speciale uitzondering te maken.

8.2 Voordelen twijfelachtig

Het voorbehoud zou mogelijk ook een psychologisch voordeel kunnen hebben in het geval dat de octrooi-aanvraag werken van derden bevat die niet door behoorlijk citeren als zodanig herkenbaar zijn. Al zouden deze derden hun rechten onder de huidige formulering van artikel 15b ons inziens niet verloren hebben, het is geen sinecure om iets terug te vissen dat ooit – al is het maar in schijn – in het vrije domein is gevallen. Als die schijn van vrij domein niet is gewekt, omdat het auteursrecht formeel is gehandhaafd, zij het zonder dat het werd uitgeoefend, dan is het wellicht een iets minder grote stap om de schijn van rechthebbende die in dat geval (zij het onterecht) kleeft aan de octrooi-instantie ongedaan te maken en terug te hevelen naar de werkelijk rechthebbende.

Maar doet het verschil werkelijk ter zake? Het voorbehoud zou niet beletten dat derden er in de praktijk vanuit gaan dat auteursrechten op octrooi aanvragen niet gehandhaafd worden. Het argument zou wellicht net kunnen dienen voor de handhaving van een status quo, als het voorbehoud nog steeds werd gemaakt, niet echter voor de wijziging van de status quo, nu het niet meer wordt gemaakt.

8.3 Nadelen invoering voorbehoud

Daarnaast is er het gegeven dat het EOB geen nationale octrooi-instantie is. Dat maakt invoering van een voorbehoud ingewikkeld, maar invoering uitsluitend op nationaal niveau lijkt niet erg zinvol. Bovendien zou het gebruik van de aldus aan een voorbehoud onderworpen informatie dan *mogelijk* onderworpen moeten worden aan de algemene regels die de WOB stelt aan het hergebruik daarvan, zodat ook hier obstakels kunnen rijzen die in de 60er jaren niet bestonden.

8.4 Voorkeur vrij domein

Daarom is het beter de directe weg te kiezen. Het voorbehoud op octrooiaanvragen wordt niet opnieuw ingevoerd en zij vallen bij publicatie onmiddellijk in het vrije domein, voor zover de publicatie rechtmatig is op grond van de artikelen 8 jo. 15b Aw. Daarom kan onbelemmerd worden aangehaald uit de inhoud. Dit legt vrije verspreiding uiteindelijk de minste belemmeringen in de weg en sluit daarom het beste aan bij de strekking van het octrooirecht.

Ten overvloede zij herhaald: Bronvermelding is in dat geval *auteursrechtelijk* niet vereist, hetgeen uiteraard niet prejudicieert ten aanzien van de vraag in hoeverre een dergelijke eis kan voortvloeien uit een behoorlijke beroepsuitoefening door octrooigemachtigden. Het persoonlijkheidsrechtelijke naamsvermeldingsrecht moet wel geëerbiedigd worden, maar het geldt

alleen als naamsvermelding redelijkerwijs mogelijk is. Waar uit de andere octrooi-aanvraag een gedeelte geciteerd wordt dat op zijn beurt citeert uit een werk *niet* zijnde een octrooi-aanvraag waarop derden het auteursrecht bezitten, is het van belang ervoor te zorgen dat in de overname voldaan wordt aan alle eisen die het citaatrecht stelt.

8.5 Positie van de Octrooigemachtigde

Als niet tot herinvoering van het voorbehoud wordt overgegaan betekent dit dat de werkelijke auteurs van octrooiaanvragen, in veel gevallen octrooigemachtigden, hun reeds ontstane rechten verliezen op het moment van de publicatie van de aanvraag. Voor zover dezerzijds bekend zijn er echter geen structurele commerciële belangen gemoeid met de uitoefening van dergelijke rechten, of worden deze gewoonlijk niet uitgeoefend. In zeer veel gevallen lijkt de omvang van het auteursrecht ook beperkt te zullen zijn wegens de objectief-technische natuur van de aanvraag.

Daar doet niet aan af dat een aanvraag op zeer veel uiteenlopende manieren gestalte kan krijgen, noch dat het opstellen van een goede aanvraag grote vaardigheid en creativiteit vergt. Want al deze gegevens beletten niet dat de octrooiaanvraag toch zo veel

mogelijk een objectiverende beschrijving van de vinding en de claims nastreeft, wat de auteursrechtelijke beschermingsomvang van de tekst en tekeningen van de aanvraag vermindert, terwijl het citerende document diezelfde elementen ook weer om objectiverende, technische en functionele redenen zal overnemen, hetgeen de mogelijkheid om te citeren aanzienlijk kan oprekken.

Mocht het gevoelen zijn dat boven een bepaalde grens het overnemen door een octrooigemachtigde van het werk van een andere octrooigemachtigde onkies en niet collegiaal is, dan is het wellicht effectiever om daar binnen de beroepsgroep een ereregulering over op te stellen dan om terug te vallen op het auteursrecht. Men omzeilt dan vele klippen: het algemeen belang om de aanvraag in het vrij domein te laten vallen, het in bepaalde opdrachtrelaties ook door de rechter wel gehanteerde argument dat de opdrachtnemer (=octrooigemachtigde) geacht moet worden voor zijn werk de tegenprestatie reeds te hebben genoten door de betaling die hij heeft ontvangen, en met name dus ook het probleem dat uitgerkend het moeilijkste deel van het werk, de adequate beschrijving van de vinding in de beschrijving en de conclusies, auteursrechtelijk weleens een dun pantser zou kunnen hebben.

9. Het octrooischrift als besluit of administratieve beslissing ex artikel 11 Aw

Krachtens artikel 11 Aw bestaat er geen auteursrecht op besluiten:

Artikel 11

Er bestaat geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.

Artikel 11 hoeft slechts aan de orde te komen als het auteursrecht op de aanvraag niet reeds ex artikel 15b ‘vervalt’. Artikel 11 is complexer dan artikel 15b. Hier worden slechts enkele hoofdlijnen geschetst.

De in art. 11 gebezigde begrippen en hun uitleg zijn in belangrijke, en waarschijnlijk zelfs in overwegende mate van administratiefrechtelijke aard. Over deze materie wil dit advies geen uitspraak doen. Al het hiernavolgende is onder dit voorbehoud.

Anderzijds zou het niet juist zijn de bepaling geheel los te koppelen van zijn uiteindelijk auteursrechtelijke context en ratio. Deze auteursrechtelijke ratio heeft ruw geschetst twee aspecten. Enerzijds moeten overheidswerken, en heel in het bijzonder werken waarin de overheid krachtens haar functies en bevoegdheden rechtsverhoudingen regelt of vastlegt, vrij van auteursrecht zijn; anderzijds moet dit alleen opgaan voor werken die voldoen aan de voorwaarden van de artt. 11 en 15b. Beide aspecten worden gestut door een waaier van overwegingen die veel verder reikt dan het auteursrechtelijke terrein, maar het is geen uitzondering dat beperkingen in het auteursrecht – en art. 11 is in feite zo een beperking – een dergelijke samengestelde ratio hebben.

Artikel 11 stelt anders dan artikel 15b niet de voorwaarde dat de openbare macht de maker of de rechtverkrijgende is van het werk. Alle nadruk ligt daarmee op de vraag, wat verstaan moet worden onder begrippen als “door de openbare macht uitgevaardigd”, “rechterlijke uitspraak”, “administratieve beslissing”.

Nu art. 11 ook van toepassing is als de openbare macht niet rechthebbende is op de daar genoemde werken, kan de vraag rijzen of besluiten c.a. waarvan de inhoud is ontleend aan auteursrechtelijk beschermd werk van derden zonder dat deze hun toestemming daarvoor hebben verleend, aansprakelijkheid voor de openbare macht vestigt wegens het feit dat het auteursrecht van deze makers daarmee verloren gaat. Voor verleende octrooien geldt evenwel dat zoals mag worden aangenomen dat de opstellers van de aanvraag, en degenen die daartoe bijdragen hebben geleverd, stilzwijgend hebben ingestemd met de publicatie – zonder voorbehoud – ex artikel 15b en de daaraan verbonden rechtsgevolgen, zij ook geacht mogen worden te hebben ingestemd met de rechtsgevolgen ex artikel 11, voor zover dat artikel van toepassing is op het octrooischrift.⁸⁴

84 Vgl Verkade, die verdedigt dat dingtalen die worden opgenomen in rechterlijke uitspraken, zoals appalgrievens en cassatiemiddelen, daardoor onder artikel 11 komen te vallen: DWF Verkade, *Auteursrecht op rechtspraak*, in: Grotiusbundel *Erudita Ignorantia*, Arnhem 1992, p. 175 – 185, ad 178.

9.1 “Besluit” en “beslissing”

9.1.1 De werken van artikel 11

Artikel 11 onderscheidt, voor zover hier van belang, besluiten, door de openbare macht uitgevaardigd, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.

Met wetten, besluiten en verordeningen is bedoeld, aldus Spoor/Verkade/Visser, wetten in materiële zin.⁸⁵

85 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 3^e druk 2005, nr. 3.58 p. 138.

“Wet” in de zin van art 99 RO (oud) vs “Besluit” in de zin van de Auteurswet

Niemand zal op de huidige dag een octrooischrift als een ‘wet’ willen aanduiden, maar de geschiedenis vraagt om het begrip “wet” toch in de beschouwingen te betrekken, al is het maar om mogelijke misverstanden over de geschiedenis zelf recht te zetten.

In 1931 deed Telders in een betoog in RM Themis een waaghalzige poging om het octrooi als *wet* aan te laten merken.⁸⁶

Het ging hem daarbij geheel niet om het auteursrecht, maar om de wet op de Rechterlijke Organisatie. Art. 99, lid 2 RO maakte uitspraken vatbaar voor vernietiging in cassatie “wegens verkeerde toepassing of schending der wet”. Door het octrooi als een wet aan te merken, joeg Telders een droom van de praktizijn na, te weten de mogelijkheid om de uitleg van een octrooi door de feitenrechter ter toetsing voor te kunnen leggen aan het hoogste rechtscollege.

In twee arresten, beide uitgesproken op 17 april 1936, wees de Hoge Raad die opvatting af.⁸⁷ Het hoogste rechtscollege merkte het octrooi als een subjectief recht aan, dat ook door de verlening en openbaarmaking van overheidswege niet tot objectief recht werd; onder “wet” in de zin van art. 99 RO ware echter alleen te verstaan, wat deel uitmaakte van het objectieve recht. Annotator Meijers ramde in de NJ de klinknagel nog eens diep in de huid van het schip door de argumentatie van de Hoge Raad als “volkomen overtuigend” aan te merken.

Daarop besloot Telders het vendel te strijken. In de 2^e druk van *Nederlandsch Octrooirecht* concludeerde hij dat definitief aanvaard moest worden dat het octrooi geen ‘wet’ was.⁸⁸ Maar het betreft hier dus een verwijzing naar de wet RO. In feite betrof de vraag in dat

verband de vaststelling van de beschermingsomvang van een specifiek octrooi in het kader van een inbreukprocedure. Het is evident dat dit een overwegend feitelijke waardering is.

Het is niet ondenkbaar dat de arresten van 17 april 1936 er debet aan zijn dat de literatuur het pad van art. 11 heeft verlaten. Maar dat het octrooi geen ‘wet’ in de zin van de oude Wet RO was, prejudicieert niet ten aanzien van de vraag of het een algemeen verbindend voorschrift is in de zin van art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet, noch ten aanzien van de vraag of het een administratieve beslissing is in de zin van art. 11 Aw.

“Besluit”

Artikel 11 heeft mede betrekking op besluiten, door de openbare macht uitgevaardigd. Om te voldoen aan de voorwaarde dat het besluit is uitgevaardigd door de openbare macht, moet sprake zijn van een algemeen verbindend voorschrift in de zin van art. 89, lid 4 Grondwet en de artikelen 3 en 4 Bekendmakingswet. Normen die niet afkomstig zijn van de openbare macht en die niet kunnen worden aange-merkt als algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet kunnen niet gelden als “door de openbare macht uitgevaardigd” als in art. 11 Aw bedoeld.⁸⁹

“Rechterlijke uitspraken”

Vermeldenswaard (hoewel in sommige ogen wellicht curieus) is dat oude drukken van Drucker-Bodenhäuser-Wichers Hoeth de verlening van octrooien met rechtspraak vergeleken. “Indien de wettelijk gestelde eisen vervuld zijn, heeft de aanvrager recht op octrooi. Dientengevolge is de beoordeling van een aanvraag om octrooi in wezen rechtspraak, hoewel de Octrooiraad niet tot de rechterlijke macht behoort.”⁹⁰

“Administratieve beslissingen”.

Onder “administratieve beslissingen” lijken naar de strekking van art. 11 Aw alle besluiten in de zin van

86 BM Telders, De uitlegging van octrooien in cassatie, RM Themis 1931, p. 458-469; zie ook de repliek van Drucker, RM Themis 1932, p. 149-151.

87 HR 17 april 1936, Philips Gloeilampenfabrieken/Radio van Essen, BIE 1937, 50 met opm F.J.A.H.; NJ 1936, 546 met noot EMM; HR 17 april 1936, Belgische Bell Telephone/Philips Gloeilampenfabrieken, NJ 1936, 557 noot EMM; BIE 1936, 97.

88 Telders/Croon, *Nederlandsch Octrooirecht*, 2^e druk Martinus Nijhoff 's Gravenhage 1946, p. 288, noot 1).

89 HR 22 juni 2012, Knooble/Staat en NNI, LJN: BW0393.

90 Aldus nog L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 7^e druk Tjeenk Willink Zwolle 1993, p. 10/11.

art. 1:3 Awb,⁹¹ derhalve zowel besluiten van algemene strekking als beschikkingen te kunnen vallen. Beschikkingen zijn besluiten die niet van algemene strekking zijn.

Uit art. 81 Row kan worden afgeleid dat besluiten op grond van de Rijsoctrooiwet in beginsel moeten gelden als besluiten in de zin van de Awb. Daaraan doet niet af dat de Row in veel opzichten een specialisatie regeling voor dergelijke besluiten bevat. Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper-Van Nispen merken het besluit tot octrooiverlening aan als een ‘verleningsbeschikking.’⁹²

9.1.2 Vraag of het octrooischrift deel is van het besluit tot verlening.

Er voorlopig van uitgaande dat het besluit tot octrooiverlening een beschikking is in de zin van de Awb en als zodanig onder het begrip ‘administratieve beslissing’ van art. 11 Aw valt, staat nog niet zonder meer vast dat ook het hele octrooischrift onder de werking van art. 11 valt. Er bestaat alleen dan geen auteursrecht op het octrooischrift krachtens artikel 11 als het octrooischrift geacht moet worden *onderdeel* uit te maken van het besluit tot verlening. Onder de oude Octrooiwet was hiervan volgens de oudere literatuur⁹³ geen sprake, omdat art 28(2) Row 1910 scheidde tussen het octrooischrift enerzijds en het besluit tot octrooiverlening anderzijds. Deze mening moet voor het oude recht worden bijgevalen, maar de beschreven scheiding vindt men in de Row 1995 niet meer terug.

Onder de Row 1995 lijkt het antwoord dan ook anders te moeten zijn. Volgens artikel 36, lid 2 van de

Row 1995 geschiedt de octrooiverlening door het plaatsen van een gedateerde aantekening op de aanvraag in de vorm waarin deze ingediend dan wel gewijzigd is. Aangezien de aantekening aldus fysiek deel is van de aanvraag, lijkt nauwelijks een andere conclusie mogelijk dan dat de aanvraag onderdeel uitmaakt van het besluit tot verlening.

Het EOV specificeert niet hoe de octrooiverlening precies geschiedt. Het scheidt de beslissing zelf (“it shall decide to grant a European patent”; art. 97, lid 1), de publicatie van de vermelding van de verlening van het Europese octrooi in het Europees Octrooiblad (art. 97, lid 3) en de publicatie van het Europees octrooischrift (art. 98). Beide zijn wel met elkaar verbonden, want de publicatie moet “zo spoedig mogelijk” geschieden na de publicatie van de vermelding van de verlening.

Mijns inziens is het gecombineerde gegeven dat het besluit betrekking heeft op de tekst van het octrooi – als neergelegd in de (evt gewijzigde) aanvraag – en daaraan zijn inhoudelijke betekenis ontleent,⁹⁴ en dat de één en de ander in verband met elkaar door de openbare macht als van zich afkomstig worden gepubliceerd, een sterke aanwijzing om, in ieder geval naar de strekking van art. 11 Aw, te kunnen spreken van één samenhangend door de openbare macht uitgevaardigd besluit.

Of met andere woorden: als niet de definitieve vorm van de aanvraag reeds geacht moet worden deel uit te maken van het besluit tot octrooiverlening, moet het besluit tot octrooiverlening geacht worden een geheel te vormen met het door de openbare macht gepubliceerde octrooi, waardoor beide alsnog, voor de doel-

91 Art. 1:3 Awb luidt:

“1. Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.
2. Onder beschikking wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.”

92 EA van Nieuwenhoven Helbach, JLRA Huydecoper, CJC van Nispen, Industriële eigendom. Deel 1 Bescherming van technische innovatie, Kluwer Deventer 2002, nr III.5.1.7 p. 204; nr. III.5.1.12 p. 206.

93 Zie o.m. S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Gouda Quint Arnhem 1988, p. 121, art. 11 aant. [8], Hijmans, t.a.p., p. 283.

94 Bij het maken van het advies werd ik erop gewezen dat de gepubliceerde tekst octrooirechtelijk niet de rechtens bindende tekst is; zie Guidelines C.VI.14.8: Mistakes in the specification of a European patent arising in the course of its production have no effect on the content of the patent granted. For this, only the text on which the decision to grant the patent is based is decisive (see Legal Advice No. 17/90, OJ 6/1990, 260). *Auteursrechtelijk* ligt dat m.i. minder eenduidig: voor de toepassing van art. 11 zou mogelijk ook de werkelijk gepubliceerde tekst maatstaf moeten zijn. Intussen is nog maar de vraag of dit tot praktisch tot problemen kan voeren, nu aangenomen moet worden dat verschillen, als ze al voorkomen, veelal beperkt zullen zijn tot auteursrechtelijk nauwelijks relevante details.

einden van de Auteurswet, geacht mogen worden één geheel te vormen. De publicatie door de openbare macht geldt immers het *verleende* octrooi en de bevestiging en datering van die verlening, en is aldus ‘versmolten’ met de door de officiële publicatie tot uitdrukking komende publiekrechtelijke rechtshandeling van deze verlening.

Dit zou meebrengen dat zowel nationale als Europese octrooischriften op grond van artikel 11 vrij zijn van auteursrecht. Het zou vreemd zijn als een discrepantie ontstond tussen de toepassing van artikel 11 op nationale c.q. Europese octrooien uitsluitend door een verschil in de wijze waarop de administratieve handeling van verlening plaatsvindt, dat wil zeggen al dan niet door vermelding van de verlening op de aanvraag of anderszins.

9.2 Artikel 11: vergelijking met andere werken

Een zuiver oordeel over de vraag of artikel 11 van toepassing is vergt evenwel dat dit artikel geplaatst wordt in de ruimere context van andere gevallen waarin besluiten en inhoudelijke normen, zij het in wisselende mate, niet altijd volkomen samenvallen. Dat is één van de factoren die de toepassing van het artikel zo ingewikkeld maken. Hier wordt er aanduidingsgewijs op ingegaan.

9.2.1 De Bijsluiterbeslissing

De stelling dat teksten die het voorwerp zijn van een besluit van de overheid deel van dat besluit kunnen uitmaken vindt steun in een uitspraak uit 1996 van de President van de rechtbank te Breda.⁹⁵ Deze besliste dat zowel de 1B-tekst als de bijsluitertekst van farmaceutische producten deel uitmaken van administratieve beslissingen van het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen, zodat auteursrechtelijke bescherming afstuit op artikel 11. Ook nam hij openbaarmaking aan in de zin van artikel 15b door de openbaarmaking in de Registratiebesluiten. Toegepast op bijsluiters verdient de beslissing

⁹⁵ Pres Rb Breda 10 juli 1996, Roche/Centrafarm (“1B-teksten en bijsluiters”), BIE 1998, nr 73 p 349 noot Quaedvlieg.

naar resultaat alle bijval. Maar de door de president gehanteerde toepassing van de artt. 11 en 15b stuitte onder de oude redactie van de wet wel op bewaren voortvloeiend uit het risico dat kon ontstaan voor werken van privé-auteurs die ‘verzeild’ raken in overheidspublicaties, bijvoorbeeld foto’s die worden afgebeeld in een rechterlijke uitspraak.

9.2.2 NNI normen

Eén van de gevallen waar aanzienlijke particuliere belangen in het geding dreigden te komen betrof de private normwerken van het NNI.⁹⁶ Dienaangaande meen ik dat hoe evident het beginsel ook is dat bindende normen voor iedereen beschikbaar moeten zijn, de artikelen 11 en 15b geen instrument mogen worden waardoor de overheid private partijen zonder enige geregelde vorm van compensatie hun auteursrecht ‘afhandig’ kan maken. Thans is dit gevaar bezworen⁹⁷ doordat art 15b sedert 2006 de eis stelt dat de overheid maker of rechthebbende op het werk moet zijn.

Octrooiaanvragen c.q. -schriften kunnen evenwel mijns inziens niet met deze private normwerken gelijk gesteld worden. Normwerken worden om te beginnen door de NNI als particulier instituut openbaar gemaakt; octrooiaanvragen en octrooischriften worden door de openbare macht openbaar gemaakt c.q. uitgevaardigd. Zie Hof Den Haag 16 november 2010,⁹⁸ in de gevoegde zaken Staat/Knooble en Knooble/NNI, oordelend dat particuliere normwerken waarnaar door een besluit wordt verwezen maar die door een particulier instituut zijn bekendgemaakt, niet door de openbare macht zijn ‘uitgevaardigd’ in de zin van art. 11. Op 22 juni 2012 oordeelde de Hoge Raad dat NEN normen niet konden gelden als

⁹⁶ Zie MH Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, Kluwer deventer 1998; *dez.*, de auteursrechtelijke status van normalisatie normen, AMI 1999, p 49-57; *dez.*, Auteursrecht op normalisatienormen revisited, in: *Spoorbundel Een eigen oorspronkelijk karakter*, Amsterdam: deLex 2007, p 79-90.

⁹⁷ Als reeds aangegeven, behoudens de vraag wat rechtens is in het geval van de onterecht gewekte schijn dat de overheid maker of rechthebbende is van een door haar openbaar gemaakt werk van een derde.

⁹⁸ IEF 9227.

“door de openbare macht uitgevaardigd” in de zin van art. 11 Aw omdat zij niet konden worden aange-merkt als algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet.⁹⁹

9.2.3 Andere IE registraties. Modellenrecht.

Een andere te overwegen factor zijn andere IE-rechten die geregistreerd worden. Zou de publicatie van het octrooischrift de toepasselijkheid uitlokken van artikel 11, dan rijst onmiddellijk de vraag welk lot dit meebrengt voor modelregistraties, die immers ook door de openbare macht gepubliceerd worden, bijvoorbeeld door publicatie in het Gemeenschaps Modellen Blad (art. 49 GModV) c.q. het Benelux Modellenblad (art. 3.11(2) jo 4.4 BVIE jo 3(13) Uitvoeringsreglement). Het Gemeenschapsmodellenregister en het internationale register zijn bovendien online raadpleegbaar. Dat zou dan meebrengen dat de modelregistratie, met inbegrip van het geregistreerde model of de geregistreerde tekening, vrij wordt van auteursrecht. Die consequentie is uiteraard onaanvaardbaar en zou ook in al te wonderlijke tegenspraak zijn met het gegeven dat de hele registratie dient om rechten te vestigen, niet om rechten (al zijn het dan auteurs- en geen modelrechten) verloren te laten gaan.

Wellicht moet daarom worden aangenomen dat de overheid de betreffende tekening in het modelschrift vanuit auteursrechtelijk perspectief slechts ‘citeert’, en dat de tekening aldus voor derden niet vrij wordt van auteursrecht, zij het dat zij wel steeds de bevoegdheid hebben de tekening op hun beurt te citeren in de samenhang met de betreffende modelregistratie. Een ruimere uitleg is ook denkbaar, te weten dat weliswaar de specifieke afbeelding(en) maar niet het feitelijke model daardoor worden geraakt. Het blijft waar dat dit allemaal veel juridisch constructiewerk vergt, nu de auteursrechtelijke implicaties van de publicatie in het licht van de artikelen 8, 11 en 15b Aw in dit verband klaarblijkelijk niet uitgebreid overdacht zijn.

9.3 Citeren als auteursrechtvoorbehoud

Net als bij *art. 15b* menen wij dat bij toepasselijkheid van art. 11 op het verleende octrooi, niettemin een ‘auteursrechtvoorbehoud’ kan worden geschapen ten aanzien van bepaalde in de aanvraag opgenomen fragmenten door deze in te kleden als een citaat volgens de voorwaarden van artikel 15a Aw.

9.4 Het auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht

Art. 25 Aw verschaft de maker zogeheten persoonlijkheidsrechten. Deze werden reeds in verband met artikel 8 aan de orde gesteld; zie aldaar voor de tekst van het volledige artikel.

De belangrijkste hiervan betreffen het recht op naamvermelding van de auteur, alsmede het recht om zich te verzetten tegen wijzigingen van het werk, alsmede aantastingen die schade toebrengen aan de eer en de naam van de maker.

Art. 11 bepaalt dat er op de daar genoemde werken “geen auteursrecht bestaat.” De formulering is ruim genoeg om, indien gewenst, aan te nemen dat daarmee ook geen auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht op die werken bestaat,¹⁰⁰ maar de term ‘auteursrecht’ kan ook slaan op het enkele exploitatierecht, in welk geval art. 11 weer wel een persoonlijkheidsrecht zou toelaten.

Verkade gaat uit van het bestaan van een persoonlijkheidsrecht op rechterlijke vonnissen.¹⁰¹ In de door hem aangegeven gevallen is toepassing van persoonlijkheidsrechten plausibel. Anderzijds hoeft dit mijns inziens niet voor alle door art. 11 bestreken gevallen

¹⁰⁰ Aldus Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 3^e druk 2005, nr. 3.58 p. 139. Deze schrijvers menen dat dit niet in de weg hoeft te staan aan bescherming van persoonlijkheidsbelangen via een andere weg in gevallen van duidelijke onzorgvuldigheid. Als evenwel onder die onzorgvuldigheid mede moet vallen schending van een auteursrechtelijk persoonlijkheidsbelang, is het o.i. zuiverder om uit te blijven gaan van het eigenlijk persoonlijkheidsrecht. Men kan dan aannemen dat dit weliswaar (zeer) verregaand, bij wijze van spreken tot comateuze toestand, gerelativeerd is door afstand of anderszins, doch niet volstrekt uitgeschakeld.

¹⁰¹ DWF Verkade, *Auteursrecht op rechtspraak*, in: *Grotiusbundel Erudita Ignorantia*, Arnhem 1992, p. 175 – 185, ad 182 e.v..

⁹⁹ HR 22 juni 2012, Knooble/Staat en NNI, LJN: BW0393.

te gelden. Er moet sprake zijn van een relevant persoonlijkheidsrechtelijk belang. De gewoonte kan een teken aan de wand zijn: rechterlijke uitspraken vermelden traditioneel de namen van de rechters, die auteur van de uitspraak zijn dan wel nauw bij de redactie betrokken; wetten en besluiten vermelden daarentegen slechts de naam van de bevoegde ambtenaar, niet van de auteur(s). De vraag is dan, waarom men de octrooi-aanvraag wil situeren; daarbij kan mede relevant zijn, dat die anders dan andere overheidsbesluiten dikwijls in de private sector wordt opgesteld.

Het persoonlijkheidsrecht komt toe aan de maker van het werk. Daaraan kan noch de allocatie van het exploitatierecht ex art. 8 Aw bij de opdrachtgever afdoen,¹⁰² noch de toepasselijkheid van art. 15b.¹⁰³ In het geval van art. 11 Aw komt de toepassing van het persoonlijkheidsrecht van de maker van een algemeen verbindend voorschrift waarschijnlijk als ongegrond voor, doch formeel doet dat er niet aan af dat art. 11 het bestaan van een persoonlijkheidsrecht niet uitsluit. Voor zover het bestaat, komt het toe aan de werkelijke maker. Dit is omstreden in het geval van de artt. 7 en 8 Aw, doch wij zagen dat zeker in het geval van art. 8 Aw een allocatie van het persoonlijkheidsrecht bij de fictieve maker zeer aanvechtbaar is.

Dat alles laat onverlet dat auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten ten aanzien van art. 11 werken zelden of nooit een rol zullen spelen. Ten eerste bindt de wet reeds zowel het recht van naamsvermelding als het recht om zich tegen wijzigingen te verzetten aan de eis dat deze niet in strijd met de redelijkheid mogen zijn. Ten tweede is afstand van deze rechten mogelijk, ook stilzwijgend. Art. 25 laat geen afstand

toe van het recht van verzet tegen misvorming en verminking, doch in dat geval stelt de wet de eis dat deze nadeel toe moeten brengen aan de naam of de eer van de maker. Deze voorwaarde wordt door de rechter frequent aangewend als redelijkheidscorrectie, in die zin dat als de verminking naar omstandigheden gerechtvaardigd en/of onvermijdelijk is, daaruit kan voortvloeien dat daaruit geen nadeel ontstaat voor de eer en naam van de maker.

De omstandigheden kunnen dus meebrengen dat het persoonlijkheidsrecht wordt gerelativeerd. In het geval van octrooiaanvragen zouden het instrumenteel karakter van de aanvraag en het daaruit voortvloeiende bescheiden oorspronkelijkheidsgehalte dergelijke omstandigheden kunnen opleveren.

9.5 Conclusie art. 11

Toepasselijkheid van artikel 11 op octrooischriften kan niet worden uitgesloten. Het hangt er met name vanaf in hoeverre het octrooischrift als een door de overheid uitgevaardigd deel van het besluit tot octrooiverlening wordt aangemerkt. Daarvan lijkt meer wel dan niet sprake te zijn, maar geheel eenduidig staat het niet vast, zodat uiteindelijk over de toepassing van artikel 11 weinig met stelligheid te zeggen is. Er is een precedent aangaande bijsluiter teksten dat daarvoor een gunstig uitgangspunt schept, maar de beslissing ten aanzien van octrooischriften draagt een eigen rechtsvormende component. Mijn opvatting is dat de strekking van art. 11 en de wijze van verlening en publicatie zowel onder de Row als onder het EOV tot toepassing moeten voeren van art. 11 Aw.

102 Hof Amsterdam 31 juli 2003, Tariverdi/Stadsomroep, AMI 2004, nr 2 p 25 nt Seignette; IER 2004, nr 43 p. 202 nt EHH; Hof Amsterdam 10 februari 1970, NJ 1971, 130, Bezige Bij/Rijkspostspaarbank.

103 HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003 noot LWH, AMI 1987, 105 noot DWFV; Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 3^e druk 2005, nr. 3.67 p. 149.

10. Eindconclusie

Auteursrechtelijke bescherming octrooiaanvragen als geschrift en als werk

Octrooiaanvragen vallen altijd onder de geschriftenbescherming van het auteursrecht, voorzover die althans ook onder de nieuwere Europese jurisprudentie over het werkbegrip nog toegelaten is, hetgeen niet vaststaat. Zij zullen vrijwel altijd tevens onder de bescherming van het ‘volle’ auteursrecht voor oorspronkelijke werken vallen.

Fase voor publicatie: auteursrecht voor alle betrokken makers

Vóór indiening geldt het volgende. Het auteursrecht gaat uit van het beginsel dat, behoudens door de wet geformuleerde uitzonderingen, het auteursrecht toekomt aan de werkelijke maker of makers. Dit beginsel geldt onverminderd in opdrachtverhoudingen, zij het dat de opdrachtgever aanspraak heeft op het gebruik van het in zijn opdracht gemaakte werk binnen de grenzen die bepaald worden door de verbintenisrechtelijke verhouding. Uit het beginsel dat de (en dus: alle) werkelijke makers aanspraak kunnen maken op hun eigen bijdrage vloeit voort dat er potentieel een veelheid van auteursrechthebbers op een octrooiaanvraag is. Dit kan onduidelijkheid scheppen nu auteursrechten niet geregistreerd worden.

Na de indiening ondergaat de aanvraag vermoedelijk een statuswijziging ex art. 12, lid 1(2^e) Aw. Dit artikel bepaalt dat mede als openbaarmaking geldt de verbreiding (als te onderscheiden van: verspreiding) van niet in druk verschenen stukken. Dit brengt een extra bescherming mee, doordat ook het inzage verschaffen aan een beperkte kring van personen al toestemming van de auteur behoeft. In het licht van haar strekking – bescherming van de *phase intime* van de auteur – is er veel voor te zeggen dat deze bescherming reeds ophoudt bij het indienen van de aanvraag. In ieder geval eindigt het verbreidingsrecht zowel naar haar bewoordingen als naar haar strekking bij de publicatie van de octrooi-aanvraag.

Fase tussen publicatie en verlening: vrij gebruik ex art. 8 jo. 15b Aw

In de fase tussen de publicatie van de aanvraag en de verlening van het octrooi geldt het volgende.

Wij menen dat de octrooiaanvraag door de octrooi-verlenende instelling als openbare instelling als van haar afkomstig wordt openbaar gemaakt, zonder dat daarbij de naam van de natuurlijke maker vermeld wordt. Dit brengt mee dat het auteursrecht bij publicatie van de aanvraag krachtens Artikel 8 toevalt aan de octrooi-verlenende instelling. Een ondeelbaar moment na deze verwerving treedt het rechtsgevolg van artikel 15b in, te weten dat als inbreuk op het auteursrecht op de aanvraag niet wordt beschouwd de verdere openbaarmaking of verveelvoudiging daarvan. Op grond van de gecombineerde werking van de artikelen 8 en 15b Aw, worden dan de verveelvoudiging en openbaarmaking van gepubliceerde octrooiaanvragen (en octrooischriften) niet als inbreuk op het auteursrecht beschouwd. Deze regel heeft als bijkomend voordeel dat zij uniform is en voorkomt dat een ondoorzichtige veelheid van mogelijke rechthebbers auteursrechten kan claimen op de gepubliceerde aanvraag. Het gegeven dat de gepubliceerde aanvraag *de facto* vrij van auteursrecht is sluit aan bij het doel van het octrooirecht, via het octrooisysteem technische informatie zo breed mogelijk beschikbaar te maken.

De persoonlijkheidsrechten worden door art. 15b Aw formeel niet geraakt. De uitoefening van persoonlijkheidsrechten op octrooiaanvragen is echter een atypisch geval, waarbij komt dat de gewoonte is dat deze rechten gewoonlijk niet geldig worden gemaakt en dat – bijzondere gevallen daargelaten – niet aanstonds duidelijk is welk belang ermee gediend is om dat wel te doen. Dat sluit de toepassing van die rechten niet a priori uit, maar terughoudendheid past in zoverre dat het persoonlijkheidsrecht slechts zou moeten worden ingezet waar werkelijke persoonlijk-

heidsbelangen in het geding zijn en waar de objectieven van het octrooisysteem niet geschaad worden.

Het rechtsgevolg van artikel 15b treedt niet in wanneer het auteursrecht door de openbare macht wordt voorbehouden. Voor een dergelijk voorbehoud door de octrooi-instantie is echter niet veel te zeggen. De teneur van het octrooirecht is veeleer dat de octrooikennis zo veel mogelijk beschikbaar moet zijn voor het vrij domein. Invoering van het voorbehoud in Nederland heeft niet veel zin als het EOB niet hetzelfde doet. En het voor zichzelf voorbehouden van het auteursrecht is voor de octrooi-instellingen van weinig nut.

Werken van derden kunnen zonder hun toestemming in een octrooiaanvraag worden opgenomen binnen de grenzen en op de voorwaarden van het citaatrecht van artikel 15a Aw. De naams- en bronvermelding die voor een geldig citaat vereist is mag mijns inziens beschouwd worden als gelijkstaand met een voorbehoud van auteursrecht ten behoeve van de betrokken derde-auteursrechthebbende. Achterwege laten daarvan kan mogelijk aansprakelijkheden scheppen ter zake van (het creëren van de schijn van) het intreden van de rechtsgevolgen van artikel 15b.

Na verlening: art. 11 Aw bovenop art. 15b?

De kans is groot dat de verlening van het octrooi meebrengt dat de inhoud van het octrooi onder art. 11 Aw valt. Dat brengt mee dat op de definitieve aanvraag waarop octrooi is verleend in het geheel geen auteursrecht meer bestaat.

Of art. 11 Aw inderdaad van toepassing is, is vooral afhankelijk van de vraag of de tekst van het octrooi deel uitmaakt van de administratieve beslissing waarbij het octrooi verleend is.

Mijns inziens is het gecombineerde gegeven dat het besluit betrekking heeft op de tekst van het octrooi en daaraan zijn inhoudelijke betekenis ontleent, en dat de één en de ander in verband met elkaar door de openbare macht als van zich afkomstig worden gepubliceerd, een sterke aanwijzing om, in ieder geval naar de strekking van art. 11 Aw, te kunnen spreken van één samenhangend door de openbare macht uitgevaardigd besluit.

Volkomen eenduidig is de situatie echter niet; vooral geldt echter dat de toepassing van artikel 11 op verleende octrooien mijns inziens mede een zekere rechtsvormende component in zich bergt. De rechter is hier iets meer dan alleen *la bouche de la loi*. Het is daarom riskant om al te stellige uitspraken te doen alvorens rechtspraak iets meer zekerheid heeft verschaft over de status van een octrooischrift onder artikel 11.

Hoewel de formulering van art. 11 absoluter is dan van art. 15b – art 11 bepaalt dat op de daar genoemde werken helemaal geen auteursrecht bestaat, art. 15b slechts dat openbaarmaking en verveelvoudiging zijn toegestaan – is het verschil in werkelijkheid mogelijk slechts gradueel. Niet zeker is dat de formulering van art. 11 toepassing van het persoonlijkheidsrecht uitsluit, terwijl daarin het belangrijkste verschil in rechtsgevolg zou schuilen met art. 15b. Mogelijk is daarom dat het belangrijkste verschil tussen beide bepalingen is, dat de overheid bij de onder art. 15b bedoelde werken de mogelijkheid heeft om het auteursrecht voor te behouden, terwijl de wet die mogelijkheid bij art. 11 onthoudt.

Belang van het citaatrecht. Art. 15a Aw

Indien echter moet worden aangenomen dat noch art. 15b, noch art. 11 Aw toepassing vindt en dat er dus volledig auteursrecht op de octrooiaanvraag en het octrooischrift rust, geldt onverminderd dat, gezien de technisch-wetenschappelijke aard van de materie en het doel van het octrooisysteem, het citaatrecht van artikel 15a waarschijnlijk veroorlooft om op (zeer) ruime wijze uit octrooiaanvragen te citeren. Daardoor ontstaat in andere woorden in bepaalde opzichten een ‘beperking van de beschermingsomvang’ van het auteursrecht. Dat ruim geciteerd mag worden doet evenwel uiteraard niet aan de te betrachten zorgvuldigheid ten aanzien van naams- en bronvermelding en de andere eisen die art. 15a Aw stelt aan een geldig citaat.

Persoonlijksrechten

Normaliter lijkt vrijwel uitgesloten dat auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten ten aanzien van octrooiaanvragen in het spel komen. Ten eerste bindt de wet reeds zowel het recht van naamsvermelding als het recht om zich tegen wijzigingen te verzetten aan de

eis dat deze niet in strijd met de redelijkheid mogen zijn. Ten tweede is afstand van deze rechten mogelijk, ook stilzwijgend. Geen afstand is mogelijk van het recht van verzet tegen verminking, doch hier wordt de eis dat deze nadeel to moet brengen aan de naam of de eer van de maker aangewend als redelijkheids-correctie. Tenslotte kunnen tal van andere omstandigheden meebrengen dat het persoonlijkheidsrecht wordt gerelativeerd.

Anderzijds kan niet volstrekt worden uitgesloten dat zich ooit een rechtens te respecteren persoonlijkheidsbelang ten aanzien van een octrooiaanvraag manifesteert. Los daarvan moet uiteraard rekening worden gehouden met het recht van naams- en bronvermelding wanneer in een octrooiaanvraag geciteerd wordt uit tekst of tekeningen uit externe bron. Daarom is het persoonlijkheidsrecht in dit advies niet buiten beschouwing gelaten.

Het persoonlijkheidsrecht komt toe aan de maker van het werk. Daaraan kan noch de allocatie van het exploitatierecht ex art. 8 Aw bij de opdrachtgever afdoen,¹⁰⁴ noch de toepasselijkheid van art. 15b.¹⁰⁵

Art. 11 Aw bepaalt dat op de daar genoemde werken “geen auteursrecht bestaat”. Die formulering laat tweeërlei uitleg toe. Men kan aannemen dat op die werken ook geen persoonlijkheidsrecht rust. Die uitleg kan aantrekkelijk zijn omdat, in het algemeen gesproken, toepassing van het persoonlijkheidsrecht van de maker op wetten, vonnissen en administratieve beslissingen onwaarschijnlijk en ongerijmd voorkomt. Onze voorkeur gaat uit naar een uitleg waarbij het persoonlijkheidsrecht zelfs bij art. 11 in aanleg aanwezig is bij de werkelijke maker, al is het meest waarschijnlijk dat dit recht nooit zal ‘ontwaken’.

104 Hof Amsterdam 31 juli 2003, Tariverdi/Stadsomroep, AMI 2004, nr 2 p 25 nt Seignette; IER 2004, nr 43 p. 202 nt EHH; Hof Amsterdam 10 februari 1970, NJ 1971, 130, Bezige Bij/Rijkspostspaarbank.

105 HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003 noot LWH, AMI 1987, 105 noot DWFV; Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 3^e druk 2005, nr. 3.67 p. 149.